



FREDIE DIDIER JR.
PAULA SARNO BRAGA
RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente,
Coisa Julgada e Tutela Provisória

Conforme o Novo CPC e as Leis nºs 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos) e 13.058/2014

Edição 2015

10ª edição
revista, ampliada e atualizada

2

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Curso de Direito Processual Civil

TEORIA DA PROVA, DIREITO PROBATÓRIO, DECISÃO,
PRECEDENTE, COISA JULGADA E TUTELA PROVISÓRIA

2

Fredie Didier Jr.

Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Paula Sarno Braga

Professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Salvador. Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (JusPODIVM). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/JusPODIVM). Mestre (UFBA). Advogada.

Rafael Alexandria de Oliveira

Professor do curso de Especialização em Direito Processual Civil do JusPODIVM. Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades Jorge Amado (BA). Mestre (UFBA). Procurador do Município do Salvador/BA. Advogado.

Curso de Direito Processual Civil

TEORIA DA PROVA, DIREITO PROBATÓRIO, AÇÕES PROBATÓRIAS, DECISÃO, PRECEDENTE, COISA JULGADA E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

2

10ª edição

Conforme as Leis nº 13.015/2014 (Recursos de Revista Repetitivos) e 13.058/2014.

2015

 EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



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: Maitê Coelho

D556 Didier Jr., Fredie
Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-442-0351-4

1. Direito processual – Brasil. 2. Prova (Direito). 3. Julgamento - Brasil. 4. Juízes - Decisões. 5. Prova criminal. 6. Prova documental. 7. Prova pericial. 8. Testemunhas - Proteção. 9. Liberdade provisória. I. Braga, Paula Sarno. II. Oliveira, Rafael Alexandria de. III. Título.

CDD: 347.81053

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

Nota dos autores à 10ª edição	17
Prefácio	21
Capítulo 1 ► Audiência de instrução e julgamento	25
1. Conceito e generalidades.....	25
2. Conteúdo e estrutura.....	27
2.1. Considerações iniciais.....	27
2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial	27
2.3. Tentativa de autocomposição.....	28
2.4. Produção das provas orais.....	29
2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas).....	30
2.6. Sentença	31
2.7. Conversão do julgamento em diligência	31
3. Documentação da audiência. Lavratura do termo de audiência	32
4. Designação, antecipação e adiamento da audiência de instrução e julgamento.....	33
5. A unidade e continuidade da audiência. Casos excepcionais de suspensão	35
Capítulo 2 ► Teoria Geral da Prova e Parte Geral do Direito Probatório	37
1. Noções introdutórias.....	38
2. Acepções da palavra “prova”	38
3. Meios e fontes de prova.....	39
4. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova.....	41
5. Classificação da prova	43
6. Prova e busca da verdade	44
7. Finalidade da prova	49
8. Destinatário da prova	51
9. Objeto da prova	52
9.1. Observação preliminar	52
9.2. Características do fato probando	52
9.2.1. Controvérsia	53
9.2.2. Relevância	53
9.2.3. Determinação	53
9.3. Fatos que independem de prova (art. 374, CPC)	53
9.3.1. Fato notório.....	54
9.3.2. Afirmado por uma parte e confessado pela parte adversária ou admitido no processo como incontroverso	55
9.3.3. Fatos em cujo favor milita presunção legal de existência.....	56
9.3.3.1. Conceito de presunção legal.....	56
9.3.3.2. Presunções legais absolutas. As ficções jurídicas	56
9.3.3.3. Presunções legais relativas.....	58
9.3.3.4. Um caso específico de presunção legal relativa: a recusa da parte a submeter-se a exame genético	58

9.3.3.4.1.	O art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992; o enunciado n. 301 da súmula do STJ	58
9.3.3.4.2.	A aplicação das regras nas ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética.....	60
9.4.	Prova da fonte normativa (“prova do Direito”).....	62
9.5.	Prova de fato ocorrido no estrangeiro	64
10.	Regras da experiência, indícios e presunções	64
10.1.	As regras da experiência.....	64
10.1.1.	Generalidades	64
10.1.2.	Espécies de regras da experiência	66
10.1.3.	Distinção entre regra da experiência e fato notório	66
10.1.4.	Funções da regra da experiência.....	67
10.2.	Indícios e presunções judiciais	67
10.2.1.	Indícios.....	67
10.2.2.	A relação entre os indícios, as regras da experiência e as presunções.....	68
10.2.3.	Presunções judiciais (simples, comuns ou “hominis”).....	71
10.2.4.	A prova <i>prima facie</i>	72
10.2.5.	Prova por amostragem.....	74
11.	Procedimento probatório	77
12.	Natureza jurídica das normas sobre prova	79
13.	Normas estruturantes do direito probatório	82
13.1.	Poderes instrutórios do juiz. Considerações sobre o garantismo processual.....	82
13.2.	Aquisição processual da prova	91
13.2.1.	Generalidades. A homogeneidade da eficácia probatória.....	91
13.2.2.	Relevância de saber quem promoveu a produção da prova	93
13.3.	Atipicidade dos meios de prova. As provas atípicas.....	93
13.4.	Proibição de prova ilícita	95
13.4.1.	Generalidades	95
13.4.2.	Prova moralmente ilegítima	95
13.4.3.	Prova ilícita e prova ilegítima	96
13.4.4.	Critérios para aferição da ilicitude	96
13.4.5.	Provas ilícitas por derivação	97
13.4.6.	Exceções à proibição da prova ilícita por derivação. Art. 157 do Código de Processo Penal	97
13.4.7.	Prova ilícita negocial	98
13.4.8.	Direito fundamental à produção de prova e direito fundamental a não ter contra si uma prova produzida ilicitamente	98
13.4.9.	Proibição de prova ilícita e proteção da intimidade e da privacidade.....	99
13.4.10.	Proibição de prova ilícita e sigilo telefônico	100
13.4.11.	Interceptação telefônica para instrução processual civil.....	100
13.4.12.	Decisão baseada em prova ilícita: nulidade e rescindibilidade	101
13.5.	Sistema de valoração da prova pelo juiz: convencimento motivado ou persuasão racional.....	102
13.5.1.	Generalidades	102
13.5.2.	“Livre” convencimento motivado.....	102
13.5.3.	Limites à valoração da prova pelo juiz.....	103
13.5.3.1.	Prova constante dos autos, corolário do princípio do contraditório	103
13.5.3.2.	Motivação racional.....	103
13.5.3.3.	Motivação controlável.....	104
13.5.3.4.	Regras episódicas de prova legal.....	104

13.5.3.5. Respeito às regras da experiência	106
13.6. Ônus da prova	106
13.6.1. Conceito. Dimensões (funções) objetiva e subjetiva.....	106
13.6.2. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária.....	110
13.6.3. Distribuição legal do ônus da prova.....	111
13.6.3.1. Generalidades	111
13.6.3.2. A “inversão ope legis” do ônus da prova	113
13.6.3.3. Prova diabólica. Prova duplamente diabólica	114
13.6.3.4. Ônus da prova de fato negativo.....	117
13.6.4. Distribuição convencional do ônus da prova	120
13.6.5. Distribuição do ônus da prova feita pelo juiz	122
13.6.5.1. Generalidades	122
13.6.5.2. Pressupostos formais gerais	124
13.6.5.2.1. Decisão motivada	124
13.6.5.2.2. Momento da redistribuição	124
13.6.5.2.3. Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa.....	126
13.6.5.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz	126
13.6.5.4. A inversão do ônus da prova feita pelo juiz em causas de consumo...	129
14. Prova emprestada.....	130
14.1. Generalidades	130
14.2. Respeito ao contraditório.....	131
14.3. Critérios de valoração da prova emprestada	132
14.4. Prova emprestada produzida em segredo de justiça	132
14.5. Prova produzida por juízo incompetente.....	132
14.6. Interceptação telefônica autorizada no processo penal como prova emprestada no juízo cível.....	133
15. Preclusão para o juiz em matéria de prova.....	134
Capítulo 3 ► Produção antecipada da prova	137
1. Generalidades	137
2. Natureza jurídica.....	138
3. Fundamentos do pedido de produção antecipada de prova e petição inicial.....	139
4. O processo de justificação	141
5. Competência	142
6. Tutela provisória liminar do direito à produção da prova	143
7. Citação dos interessados	144
8. Despacho inicial e esboço do procedimento.....	145
9. Defesa e recursos	145
10. Pedido contraposto de produção antecipada de prova	146
11. Intervenção de terceiro atípica: ampliação do polo passivo	147
12. Sentença e entrega dos autos	147
Capítulo 4 ► Depoimento pessoal.....	149
1. Noções gerais.....	149
2. Espécies: o depoimento por provocação e o interrogatório.....	150
3. Depoimento do <i>presentante</i> e do <i>representante</i>	152
4. Recusa de depor.....	153
4.1. Noção.....	153

4.2. Escusa de depor	153
4.2.1. Noção	153
4.2.2. Direito ou dever de silêncio	153
4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes.....	154
4.2.4. Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional.....	156
4.2.5. Regra geral de escusa	158
5. Procedimento do depoimento	159

Capítulo 5 ► Confissão	161
1. Generalidades.....	161
2. Natureza jurídica.....	162
3. Distinções	163
3.1. Confissão e reconhecimento do pedido.....	163
3.2. Confissão e admissão	164
4. Espécies de confissão	166
5. Eficácia da confissão.....	167
6. Ineficácia da confissão de quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados	169
7. A eficácia da confissão por representante	170
8. Irrevogabilidade da confissão	171
9. Invalidação da confissão.....	172
9.1. Generalidades	172
9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo	173
9.3. O erro de fato como causa de invalidação.....	174
10. Indivisibilidade da confissão.....	175

Capítulo 6 ► Prova documental, ata notarial e exibição de documento ou coisa	177
1. Conceito de documento.....	177
2. Documento e prova documental.....	181
3. Prova documental e prova documentada	182
4. Importância da prova documental.....	184
5. Elementos do documento.....	186
5.1. Autoria do documento	186
5.1.1. Autoria material e autoria intelectual.....	186
5.1.2. Documento autógrafo e heterógrafo	186
5.1.3. Documentos públicos e particulares	187
5.1.4. Subscrição e identificação da autoria.....	188
5.1.5. Autenticidade.....	189
5.2. Conteúdo	190
5.3. Suporte	191
6. Documento e instrumento.....	192
7. Data do documento	193
8. Eficácia probatória do documento	195
8.1. Introdução.....	195
8.2. Força probante dos documentos públicos	195
8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público.....	195

8.2.2.	A caracterização da escritura pública como “prova plena”. Crítica à utilização da expressão “prova plena”.....	196
8.2.3.	O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 406, CPC)	198
8.2.4.	O documento público irregular (art. 407, CPC).....	200
8.3.	Força probante dos documentos particulares.....	202
8.3.1.	Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 408, <i>caput</i> , CPC).....	202
8.3.2.	Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 408, p. único, CPC)	204
8.3.3.	Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do <i>fac-símile</i> e dos outros meios de transmissão de dados	204
8.3.4.	Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação.....	205
8.3.5.	Eficácia probatória dos livros empresariais e da escrituração contábil	206
8.3.6.	Indivisibilidade do documento particular (art. 412, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 419, CPC)	207
8.4.	Originais, cópias, certidões e traslados.....	208
9.	Ata notarial (art. 384, CPC)	211
10.	Vícios do documento: a irregularidade e a falsidade.....	214
11.	Documento eletrônico.....	216
11.1.	Noção.....	216
11.2.	Segurança e confiabilidade	217
11.3.	O processo em autos eletrônicos.....	220
11.4.	O documento eletrônico no processo em autos de papel.....	222
12.	Produção da prova documental.....	222
12.1.	Momentos da proposição e da produção da prova	222
12.2.	Juntada posterior de documentos.....	224
12.3.	Momento para manifestação sobre os documentos (art. 437, CPC)	225
12.4.	Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida (art. 436, CPC)	225
13.	Meios de obtenção da prova documental.....	227
13.1.	Requisição de documentos (art. 438, CPC)	227
13.2.	Exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404, CPC).....	229
13.2.1.	Generalidades	229
13.2.2.	Pedido de exibição formulado em face da parte adversária	230
13.2.3.	Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular	233
14.	Arguição de falsidade	235
14.1.	Noção.....	235
14.2.	Natureza jurídica e finalidade	236
14.3.	Legitimidade e interesse	236
14.4.	Procedimento.....	237
Capítulo 7 ► Prova testemunhal		239
1.	Noções gerais	239
2.	Admissibilidade da prova testemunhal.....	240
3.	Capacidade para testemunhar.....	242
4.	Direito ao silêncio	245
5.	Local e tempo do testemunho	245
6.	Juntada do rol e intimação da testemunha	247
7.	Substituição da testemunha	249
8.	Procedimento de colheita do depoimento.....	249

8.1. Método de inquirição.....	249
8.2. Qualificação e contradita	250
8.3. Compromisso e escusa de depor.....	250
8.4. Inquirição direta pelos advogados e pelo juiz	251
8.5. Testemunho em língua estrangeira e em Libras	254
8.6. Dever de urbanidade	254
9. Documentação do testemunho.....	254

Capítulo 8 ► Prova pericial..... 257

1. Conceito e generalidades.....	257
2. Fontes da prova pericial	260
3. Espécies de perícia	261
4. O perito e o assistente técnico	264
4.1. O perito e suas funções.....	264
4.2. Requisitos para escolha do perito	267
4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa	271
4.4. Escusa e recusa do perito.....	271
4.5. Substituição do perito.....	274
4.6. Assistente técnico e suas funções.....	275
4.7. Quadro comparativo	275
5. Admissibilidade	276
6. Procedimento de produção da prova pericial	277
7. Escolha consensual do perito	287
8. Avaliação. Possibilidade de “segunda perícia” ou “outra perícia”.....	288
9. Despesas	292

Capítulo 9 ► Inspeção judicial..... 297

1. Noção.....	297
2. Postulação e admissão/determinação da prova. Momento adequado para a sua produção.....	297
3. Inspeção como prova principal e única	298
4. Fonte da inspeção	298
5. Inspeção de pessoa. O direito de não ser inspecionado.....	299
6. Inspeção de pessoa (terceiro)	299
7. Inspeção direta e indireta.....	300
8. Inspeção indireta como perícia informal.....	300
9. Partes assistidas por <i>expert</i>	300
10. Local da inspeção	301
11. Participação das partes na produção da prova.....	301
12. Conclusão e documentação da inspeção. Auto da inspeção como pressuposto de existência ...	301
13. Documentação da inspeção feita na sede do juízo	302
14. Manifestação sobre resultado da prova.....	302

Capítulo 10 ► Decisão judicial..... 303

1. Nota introdutória	303
2. Sistematização dos pronunciamentos judiciais	304
2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais	304
2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular.....	304
2.2.1. Generalidades	304
2.2.2. Sentença	305

2.2.3.	Decisão interlocutória.....	306
2.3.	As decisões proferidas em órgão colegiado.....	307
2.4.	Decisões unipessoais proferidas em tribunal.....	307
3.	A sentença como norma jurídica individualizada.....	308
4.	Elementos da decisão judicial.....	311
4.1.	Introdução.....	311
4.2.	Relatório.....	312
4.3.	Fundamentação.....	313
4.3.1.	A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação.....	313
4.3.2.	Racionalidade e controlabilidade.....	316
4.3.3.	Integridade e coerência.....	318
4.3.4.	O conteúdo da fundamentação.....	319
4.3.4.1.	Fundamentação de admissibilidade e fundamentação de mérito.....	319
4.3.4.2.	Fundamentação de fato e fundamentação de direito.....	320
4.3.5.	Decisão sem fundamentação.....	326
4.3.5.1.	Ausência de fundamentação e fundamentação deficiente.....	326
4.3.5.2.	Exemplos de decisões não-fundamentadas (art. 489, § 1º, CPC).....	326
4.3.5.2.1.	Decisão que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, I).....	327
4.3.5.2.2.	Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, II).....	330
4.3.5.2.3.	Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III).....	334
4.3.5.2.4.	Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV).....	335
4.3.5.2.5.	Decisão que 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 (art. 489, § 1º, V).....	338
4.3.5.2.6.	Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI).....	340
4.3.5.2.7.	Outros exemplos.....	341
4.3.5.3.	Consequência da ausência de fundamentação.....	344
4.3.6.	A fundamentação e a coisa julgada.....	346
4.4.	Dispositivo.....	349
4.4.1.	Conceito.....	349
4.4.2.	A teoria dos capítulos de sentença.....	352
4.4.3.	Repercussões da teoria dos capítulos de sentença.....	355
5.	Requisitos da decisão judicial.....	357
5.1.	A congruência da decisão judicial.....	357
5.2.	A congruência externa.....	358
5.2.1.	Introdução: a abrangência dos arts. 141 e 492 do CPC.....	358
5.2.2.	A congruência objetiva.....	360
5.2.2.1.	Decisão ultra petita.....	360
5.2.2.2.	Decisão extra petita.....	364
5.2.2.3.	Decisão citra petita.....	368

5.2.2.3.1. Generalidades.....	368
5.2.2.3.2. Espécies de decisão <i>citra petita</i>	368
5.2.2.3.3. Problemas específicos da decisão <i>citra petita</i>	372
5.2.3. A congruência subjetiva	373
5.3. A congruência interna.....	376
5.3.1. Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido	376
5.3.2. Certeza (art. 492, p. ún., CPC).....	376
5.3.3. Liqueidez.....	381
5.3.4. Clareza e coerência.....	386
6. Interpretação da decisão judicial.....	389
7. Decisões objetivamente e/ou subjetivamente complexas	394
8. Decisões definitivas e decisões provisórias.....	
Decisões de mérito e decisões de admissibilidade.....	396
8.1. As “sentenças definitivas” e as “sentenças terminativas”	396
8.2. Classificação baseada na profundidade do exame (decisão definitiva e decisão provisória) e na natureza da questão decidida (decisão de admissibilidade e decisão de mérito)	399
9. A decisão e o fato superveniente	401
9.1. O art. 493 do CPC.....	401
9.2. Causa de pedir e causa de defesa supervenientes.....	402
9.3. Pressupostos para a aplicação do art. 493 do CPC	408
9.4. Aplicação do art. 493 do CPC na instância recursal	410
10. A decisão que acolhe exceção substancial dilatória	411
11. Conteúdo da decisão	416
11.1. Conteúdo e efeitos: distinção	416
11.2. Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo	418
11.2.1. Introdução.....	418
11.2.2. Decisões condenatórias.....	420
11.2.3. Decisões constitutivas.....	423
11.2.4. Decisões meramente declaratórias	426
12. Efeitos da decisão judicial	428
12.1. Eficácia principal.....	428
12.2. Eficácia reflexa	428
12.3. Eficácia anexa (eficácia de fato)	429
12.3.1. Generalidades	429
12.3.2. Hipoteca judiciária.....	431
12.4. Eficácia probatória	435
13. Decisão determinativa	436
14. Publicação, retratação e integração da decisão.....	438
Capítulo 11 ► Precedente judicial	441
1. Noções fundamentais	441
1.1. Decisão, precedente e <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>)	441
1.2. <i>Obiter dictum</i> (ou <i>dictum</i>).....	444
1.3. Identificação da <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>)	446
1.4. Espécies de decisão e precedente	450
1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente.....	450
1.4.2. Decisão que homologa autocomposição e precedente	451
2. A norma do precedente	451
3. Eficácia jurídica do precedente	453

3.1.	Precedente como <i>ato-fato jurídico</i>	453
3.2.	Efeitos dos precedentes.....	454
3.2.1.	Generalidades	454
3.2.2.	Precedente com eficácia vinculante/obrigatória.....	455
3.2.3.	Precedente com eficácia persuasiva	456
3.2.4.	Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões	457
3.2.5.	Precedente com eficácia autorizante	458
3.2.6.	Precedente com eficácia rescindente ou deseficazante.....	459
3.2.7.	Precedente que permite revisão de coisa julgada.....	460
3.3.	Precedentes obrigatórios no direito brasileiro	461
3.3.1.	Generalidades	461
3.3.2.	Classificação pelo procedimento de formação	463
3.3.2.1.	Precedentes oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal.....	463
3.3.2.2.	Precedentes cuja <i>ratio decidendi</i> foi enunciada em súmula.....	464
3.3.2.3.	Precedentes produzidos por incidente em julgamento de tribunal: casos repetitivos e assunção de competência. O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios	465
3.3.2.4.	Precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial	466
3.4.	Reconstruindo algumas normas jurídicas fundamentais (princípios e regras) à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro	467
3.4.1.	Princípio da legalidade.....	467
3.4.2.	Princípio da igualdade.....	468
3.4.3.	Princípio da segurança jurídica	469
3.4.4.	Regra da motivação das decisões judiciais	470
3.4.5.	Princípio do contraditório.....	471
3.5.	Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção.....	472
4.	Deveres gerais dos tribunais relacionados ao sistema de precedentes judiciais.....	473
4.1.	Generalidades	473
4.2.	Dever de uniformização da jurisprudência	474
4.3.	Dever de manter a jurisprudência estável	474
4.4.	Dever de dar publicidade aos precedentes.....	475
4.5.	Dever de coerência e dever de integridade	476
4.5.1.	Premissas.....	476
4.5.2.	Dever de coerência.....	479
4.5.2.1.	Generalidades	479
4.5.2.2.	Alguns critérios para aferição da coerência	481
4.5.2.2.1.	Conformidade com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica.....	481
4.5.2.2.2.	Recondução a uma mesma norma superior.....	482
4.5.2.2.3.	Conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão	484
4.5.3.	Dever de integridade.....	484
5.	A dinâmica do precedente.....	486
5.1.	Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado	487
5.2.	Técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente: <i>distinguishing</i>	490
5.3.	Técnicas de superação do precedente: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	494
5.3.1.	Generalidades	494
5.3.2.	<i>Overruling</i> difuso e <i>overruling</i> concentrado	496
5.3.3.	Fundamentação do <i>overruling</i>	496

5.3.4. Eficácia temporal da revogação do precedente.....	499
5.3.5. Modulação de efeitos da superação do precedente. O <i>signaling</i>	500
5.3.6. <i>Anticipatory overruling</i>	506
5.3.7. <i>Overriding</i>	507
6. A “súmula vinculante”	508

Capítulo 12 ► Coisa julgada	513
1. Coisa julgada – noção. Efeito negativo e positivo da coisa julgada	513
2. A coisa julgada como efeito jurídico	515
3. Pressupostos para a formação da coisa julgada.....	516
4. Fundamento constitucional da coisa julgada.....	517
5. Coisa julgada formal	517
6. Coisa julgada e tríplice identidade.....	518
7. Regimes de formação da coisa julgada: coisa julgada <i>pro et contra</i> , <i>secundum eventum litis</i> e <i>secundum eventum probationis</i>	519
8. Coisa julgada e negócios processuais.....	520
9. Limites objetivos da coisa julgada	522
9.1. Generalidades	522
9.2. Revisão de noções sobre a teoria da cognição judicial	523
9.2.1. Questão principal e questão incidental.....	523
9.2.2. Conceito de mérito (objeto litigioso) – visão tradicional	523
9.2.3. Conceito de mérito (objeto litigioso) – posição adotada – o exercício do contradireito pelo réu.....	524
9.3. Questão principal expressamente decidida	525
9.4. Decisão de mérito	526
9.5. Coisa julgada parcial. A ação rescisória contra coisa julgada parcial	526
9.6. Decisões de conteúdo processual e coisa julgada	529
9.7. Incidentes processuais e coisa julgada.....	531
9.8. Extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais	532
9.8.1. Conceito de questão prejudicial.....	532
9.8.2. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida	533
9.8.3. Questão prejudicial incidental expressamente decidida e efeito devolutivo do recurso.....	535
9.8.4. Dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada: coisa julgada relativa à solução da questão principal e coisa julgada relativa à solução da questão prejudicial incidental	535
9.8.5. Impedimentos à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental.....	536
9.8.5.1. Objeção de impertinência	536
9.8.5.2. Objeção de ausência de contraditório.....	536
9.8.5.3. Objeção de incompetência.....	537
9.8.5.4. Objeção de cognição insuficiente.....	538
9.8.6. Alegação das objeções à extensão da coisa julgada à prejudicial incidental	538
9.8.7. Instrumento para o controle da coisa julgada relativa à prejudicial incidental....	539
9.8.8. Questão prejudicial principal.....	539
9.8.9. A sobrevivência da ação declaratória incidental	539
9.8.10. Ação declaratória autônoma	540
9.8.11. Direito transitório	540
9.9. Questões cuja resolução não se torna indiscutível pela coisa julgada	541
10. Limites subjetivos da coisa julgada	542

10.1. Regra geral.....	542
10.2. Hipóteses de extensão da coisa julgada a terceiros	542
10.3. Coisa julgada e obrigações solidárias (art. 274 do Código Civil)	544
11. Eficácia preclusiva da coisa julgada.....	547
12. Limites temporais da coisa julgada	550
12.1. Generalidades	550
12.2. Coisa julgada e relações jurídicas de trato continuado (art. 503, I).....	551
12.3. Instrumentos de controle da coisa julgada.....	555
12.4. Teoria da relativização atípica da coisa julgada	556
13. Coisa julgada e ações concorrentes.....	559
Capítulo 13 ► Tutela Provisória	561
1. Noções gerais.....	561
1.1. Tutela definitiva: satisfativa e cautelar	561
1.2. Características da tutela cautelar.....	562
1.2.1. Referibilidade e temporariedade.....	562
1.2.2. A coisa julgada cautelar	564
1.3. Síntese	566
2. “Tutela provisória”: antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva.....	566
2.1. Generalidades	566
2.2. Características.....	568
2.3. Espécies de tutela provisória: satisfativa (antecipada) e cautelar	569
3. Regime jurídico da tutela provisória: regras gerais.....	569
3.1. Fundamento: urgência ou evidência.....	569
3.2. Forma de requerimento: incidental ou antecedente	570
3.3. Legitimidade	572
3.4. Cabimento	575
3.5. Momento da concessão	577
3.5.1. Considerações iniciais.....	577
3.5.2. Liminarmente	578
3.5.3. Na sentença	581
3.5.4. Em grau recursal.....	581
3.6. Manifestação do requerido	582
3.7. Instrução.....	583
3.8. Decisão	584
3.9. Precariedade: modificação ou revogação a qualquer tempo	585
3.10. Recurso.....	587
3.11. Efeitos antecipáveis	587
3.12. Forma de efetivação	589
3.13. Concessão de ofício	592
4. Tutela provisória de urgência.....	594
4.1. Considerações iniciais.....	594
4.2. Pressupostos gerais	595
4.2.1. Probabilidade do direito.....	595
4.2.2. Perigo da demora.....	597
4.3. Pressuposto específico: reversibilidade da tutela provisória satisfativa	599
4.4. Tutela de urgência satisfativa (antecipada) em caráter antecedente.....	602
4.5. Estabilização da tutela de urgência satisfativa (antecipada)	604

4.5.1.	Estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada como técnica de monitorização do processo civil brasileiro	604
4.5.2.	Pressupostos da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada.....	606
4.5.3.	Ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva de tutela provisória satisfativa estabilizada.....	611
4.5.4.	Estabilização da tutela satisfativa antecedente e coisa julgada. Confronto com a ação monitoria	612
4.6.	Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente.....	613
4.7.	Fungibilidade das tutelas de urgência	616
5.	Tutela provisória de evidência	617
5.1.	Conceitos fundamentais	617
5.2.	Pressupostos.....	619
5.2.1.	Noções iniciais	619
5.2.2.	Tutela de evidência punitiva. Atos protelatórios e abusivos da parte.....	620
5.2.3.	Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório.....	624
5.2.4.	Tutela de evidência documentada de contrato de depósito.....	627
5.2.5.	Tutela de evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente.....	628
6.	Tutela provisória contra a Fazenda Pública.....	630
6.1.	Panorama legislativo – perspectiva histórica e atual	630
6.2.	Panorama doutrinário	632
6.3.	Panorama jurisprudencial	636
6.4.	Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC n. 30/2001 e n. 62/2009).....	638
6.5.	Tutela provisória para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público.....	640
6.6.	Tutela provisória contra o Poder Público em matéria tributária.....	642
	Bibliografia	645

Nota dos autores à 10ª edição

A primeira edição após o Código de Processo Civil de 2015

Uma nova fase deste *Curso* começa.

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Brasil tem um novo Código de Processo Civil: o primeiro Código de Processo Civil publicado em regime democrático; o primeiro código, *tout court*, cuja tramitação legislativa se deu totalmente em regime democrático.

Não é pouca coisa.

Durante dois anos e meio, um dos coautores deste livro ajudou a Câmara dos Deputados na tarefa de produzir um texto normativo de consenso. Sérgio Barradas Carneiro, deputado baiano, primeiro relator do projeto na Câmara, o escolheu para assessorá-lo; Paulo Teixeira, o relator que conduziu o processo legislativo até o encerramento na Câmara, o manteve nessa função. Um testemunho se impõe: é possível conduzir um processo legislativo dessa magnitude, com espírito republicano e democrático, capacidade de articulação e perseverança. Sérgio e Paulo honram o Brasil.

É preciso registrar também o trabalho de Fabio Trad, deputado sulmato-grossense. Trad foi o Presidente da Comissão Especial que cuidou do CPC, na Câmara dos Deputados. Advogado militante e deputado em primeiro mandato, Fabio assombrou os pares pelo tirocínio e pelo feito quase inacreditável: conseguiu que o Código fosse aprovado na Comissão Especial em menos de dois anos. Trad é uma das peças-chave que ajudaram a construir o novo CPC.

Como não poderia deixar de ser, este *Curso* vem completamente refeito. É preciso construir, a partir de agora, o sistema do processo civil brasileiro.

Todos os volumes do *Curso* estão sendo reconstruídos. Não estão sendo apenas atualizados; estão sendo repensados. Tarefa difícil, mas extremamente prazerosa.

Temos de explicar e anunciar algumas coisas.

a) O Curso toma por base o CPC-2015. Assim, sempre que houver referência ao CPC, o leitor deve saber que estamos referindo ao CPC-2015. Quando o objetivo for mencionar o CPC revogado, faremos menção expressa: CPC-1973.

b) O CPC-2015 resolve expressamente uma série de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Quando isso acontecer, apresentaremos um resumo da antiga polêmica e indicaremos a solução legislativa. Não repetiremos os argumentos históricos em derredor da discussão.

c) Este volume do *Curso* vem com um capítulo novo: *produção antecipada de prova*. Na edição anterior, havia o capítulo sobre as ações probatórias autônomas, que deixou de existir.

d) Alguns capítulos mudaram de nome: i) “Tutela provisória” passa a ser o nome do capítulo dedicado à antiga “antecipação dos efeitos da tutela”; ii) “Teoria Geral da Prova e Parte Geral do Direito probatório” é o novo nome do capítulo dedicado à Teoria Geral da Prova.

e) Capítulos inteiros foram praticamente reconstruídos. Destacamos os capítulos sobre a Teoria Geral da Prova, Coisa Julgada, Tutela Provisória e Precedentes Judiciais – esse último tendo em vista a inédita regulamentação do assunto feita pelo CPC-2015.

f) Para respeitar a opção do Código, realocamos o capítulo sobre a “audiência de instrução e julgamento”, que passa a ser o capítulo 1 deste *volume*.

g) O CPC-2015 não mais se vale dos termos “condição da ação” e “carência de ação”. Este *Curso* entende que não há mais razão para o uso dessas categorias – e, por isso, não mais as utiliza. O CPC se refere à legitimidade e ao interesse, simplesmente. Assim, para este *Curso*, o estudo sobre esses assuntos desloca-se para o capítulo sobre os pressupostos processuais, ambiente muito mais adequado, saindo do capítulo sobre a Teoria da Ação. Há explicações sobre essa mudança em ambos os capítulos no v. 1 do *Curso*.

h) Em todos os capítulos há itens novos. São inúmeros. É importante destacar alguns, pela relevância do tema: i) no capítulo sobre Tutela Provisória, os itens dedicados à Tutela da Evidência e à Estabilização da tutela provisória satisfativa; ii) no capítulo sobre a decisão judicial, o item dedicado ao exame do §1º do art. 489 do CPC, que concretiza o dever de fundamentação; iii) no capítulo sobre coisa julgada, o item dedicado à análise do regime jurídico da coisa julgada relativa às questões prejudiciais incidentais, uma das principais novidades do CPC-2015.

i) O *Curso* passará a ter mais um volume: “Procedimentos Especiais e Direito Processual Civil Internacional”, que será o volume 6, escrito por um dos coautores deste volume (Fredie Didier Jr.) juntamente com Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio do Passo Cabral; supomos que em 2017 ele venha a ser publicado.

j) O *Curso* já se refere à Lei n. 13.058/2014, que redefine a guarda compartilhada no Brasil, e à Lei n. 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos), que compõe o microsistema de formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais e do julgamento de casos repetitivos.

k) O *Curso* faz referências aos enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). O FPPC é um encontro semestral de processualistas cíveis que, há dois anos, vêm discutindo o novo CPC; atualmente, já há mais de trezentos enunciados aprovados, todos por unanimidade, sobre o novo Código. A compilação desses enunciados é uma das principais fontes doutrinárias para a interpretação do novo CPC.

Enfim, são muitas novidades. A tarefa de fazer a “primeira doutrina”, como se costuma dizer, já naturalmente difícil, se torna tarefa hercúlea quando se pensa em uma lei com mais de mil artigos – contados parágrafos e incisos, mais de três mil dispositivos.

Gostaríamos de agradecer a Rafael Ferreira, Ravi Peixoto, Robson Godinho, Felipe Batista, Antonio de Moura, Marília Siqueira, Hermes Zaneti Jr., Antonio Cabral, Daniel Mitidiero e Lucas Buriel pela ajuda que nos deram na reconstrução deste livro.

Contamos com a ajuda e a paciência do leitor.

Estamos, como sempre, à disposição para ouvir críticas e sugestões.

Que os alunos, professores, juristas e tribunais continuem acolhendo este *Curso* da mesma maneira.

Salvador, março de 2015.

Fredie Didier Jr.

www.frediedidier.com.br
facebook.com/FredieDidierJr

Rafael Alexandria de Oliveira

Paula Sarno Braga

Prefácio

Foi com muita alegria que recebemos o convite de Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira para prefaciar a 10ª edição do já consagrado volume 2 do *Curso de Direito Processual Civil*, publicado pela Editora JusPodivm, de Salvador.

Esta não é mais uma edição qualquer. Não há só revisão do texto, da doutrina e da jurisprudência. É quase um novo livro! O volume 2 do *Curso* vem atualizado e reformulado com base no novo Código de Processo Civil, recentemente sancionado e ainda no período de *vacatio legis*.

Assim como o novo Código de Processo Civil não é uma simples reformulação ou “maquiagem” do CPC-1973, o livro ora prefaciado não se restringe a repetir o que já estava dito em outras edições, só alterando e adaptando os números dos artigos. O novo CPC instaura um novo modelo de processo, estabelecendo a cooperação e valorizando a vontade das partes. Além de outras novidades – destacadas e examinadas em outros volumes do *Curso* –, o novo CPC reforça as normas fundamentais do processo, bem como inaugura um novo regime de coisa julgada, que alcança as questões prejudiciais e, bem ainda, estabelece uma nova disciplina normativa relativa aos precedentes judiciais, criando, até mesmo, um microsistema de precedentes firmados em julgamentos objetivos.

Não se pode deixar de registrar que a instituição de um modelo cooperativo de processo repercute na atividade probatória e nos poderes do juiz, sobretudo nos probatórios. Aliás, o novo CPC, além de manter a regra da atipicidade dos meios de prova, prevê novas provas típicas, disciplinando a ata notarial e reforçando a admissibilidade da prova emprestada. No âmbito probatório, os negócios processuais deverão ter grande importância. Há, no novo CPC, a previsão da convenção sobre a inversão do ônus da prova e a escolha consensual do perito, além da possibilidade de atipicização das provas típicas, a partir da negociação feita pelas partes com base no seu art. 190. O novo CPC ainda impõe releitura do dever de fundamentação das decisões judiciais, edificando, no art. 489, um de seus pilares.

Tudo isso e muito mais foi tratado com detalhes e reflexão nesta nova edição do volume 2 do *Curso de Direito Processual Civil*.

Dos autores do livro, não se pode deixar de mencionar a importância de Fredie Didier, que se sagra, ao fim do processo legislativo, como um dos processualistas e juristas brasileiros que mais influenciou as decisões do Relator-Geral inicial, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, e, depois, do Relator-Geral final na Câmara dos Deputados, Deputado Paulo Teixeira, bem assim o próprio Plenário da Câmara dos Deputados na construção do novo CPC. O resultado desta experiência ímpar é compartilhado com todos nesta obra, o que torna a leitura do presente livro obrigatória para qualquer profissional ou estudante da área do direito no Brasil.

A experiência de quem coordenou a Comissão de Juristas formada na Câmara dos Deputados para auxiliar o trabalho parlamentar foi somada às novas reflexões e ponderações de Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. Essa união de sucesso resultou na elaboração de um livro que merece ser lido, consultado e divulgado. Num momento de construção dogmática do novo CPC, é fundamental iniciarmos o debate a respeito de pontos importantes que devem modificar o pensamento e a condução de processos judiciais no sistema brasileiro.

O livro reflete, ainda, as intensas discussões que os autores tiveram conosco, que subscrevemos este prefácio, e com outros professores que compõem a nossa mesma geração – sendo importante registrar os nomes de Antonio do Passo Cabral e Robson Renault Godinho –, destacando-se como exemplo, os capítulos sobre coisa julgada, tutela provisória, precedentes e da decisão judicial.

O novo regime jurídico da coisa julgada sobre questões prejudiciais é um ponto da mais alta relevância, que cria um modelo até antes inexistente no nosso sistema.

A nova disciplina da tutela provisória, com o incremento da chamada tutela de evidência, também se apresenta como um ponto de extrema relevância nesta nova edição. A reunião das tutelas de urgência realizada pelo CPC/2015, tão bem explicada no livro, é um dos pontos que também precisa ser enfatizado.

Os novos deveres impostos aos tribunais para que uniformizem e estabilizem a jurisprudência, mantendo-a coerente e íntegra, é outro ponto que ainda merece destaque nesta nova edição do volume 2 do *Curso*, exposta no capítulo que trata dos precedentes judiciais. A abordagem realizada por Fredie, Paula e Rafael apresenta um destacado grau de sofisticação que faz todos refletirem sobre a importância dos precedentes no sistema jurídico brasileiro. Tais lições incursionam sobre a Teoria Geral do Direito, mostrando a necessidade de unidade e de consistência no sistema jurídico.

É preciso destacar, ainda, o capítulo que trata da decisão judicial. No ponto, com extrema precisão, os autores explicam o dever de fundamentação, edificando

sólida doutrina que certamente auxiliará a comunidade jurídica nacional na interpretação e boa aplicação do art. 489, que, como dito, é um dos principais pilares do novo CPC e indissociável de qualquer processo conduzido democraticamente.

A obra traz ainda a importantíssima inovação de apresentar vários dos enunciados produzidos no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que reúne centenas dos melhores processualistas do país e já caminha para sua 5ª edição. Esses enunciados, produzidos em ambiente democrático, apresentam balizas doutrinárias iniciais de como interpretar as novas técnicas e institutos.

Tivemos, todos nós que subscrevemos este prefácio, a oportunidade de ver serem escritos os comandos normativos do novo CPC e de discutir, refletir, pensar sobre cada ponto do novo Código. Várias vezes, em Brasília, estávamos, juntamente com Fredie Didier Jr., reunidos na Câmara dos Deputados e, à noite, em algum restaurante, para amadurecermos, debatermos, refletirmos ideias que fundavam vários dispositivos do novo CPC ou que poderiam ser deles construídas. A preocupação com a coerência, com a unidade sistêmica e com a repercussão prática era a marca de nossas conversas. Ver muitas das discussões retratadas nesta nova edição do volume 2 é motivo de orgulho e de regozijo. Não somos coautores do livro, mas nos sentimos partícipes de algumas das ideias aqui manifestadas. Daí a alegria e a satisfação de presenciar a construção desta nova edição. Prefaciá-la é uma honra que nos foi dada pelos autores, a quem agradecemos.

As ideias lançadas no livro merecem ser discutidas, com reflexão e ponderação pela comunidade acadêmica, servindo de material para a aprendizagem de estudantes e profissionais do direito.

O novo CPC está aí, é uma realidade! Embora não seja uma obra perfeita, certamente contribuirá para um novo horizonte na Justiça brasileira. É preciso estudá-lo! É preciso compreendê-lo! Há relevantes novidades que merecem exame, compreensão, aprendizagem e divulgação. E nada melhor do que começar pela leitura, sempre agradável, do volume 2 do *Curso de Direito Processual Civil*, de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, cujo conteúdo é composto de grandes temas, relevantes teórica e pragmaticamente.

Certamente o leitor terá a mesma sensação que tivemos ao receber os manuscritos da obra para prefaciá-la, qual seja, a de iniciar e não mais conseguir parar de ler antes de elucidar, mediante a clareza olímpica dos autores, todas as novidades trazidas pelo CPC-2015.

O bom senso recomenda que paremos por aqui. Leitores, não percam mais tempo: avancem nas páginas deste magnífico livro e absorvam, aprendam, aprendam as lições nele contidas. Parabéns, leitores, pela oportunidade de terem

contato com doutrina de alta qualidade! Parabéns, Fredie, Paula e Rafael pela excepcionalidade do livro escrito! O bellissimo trabalho que realizaram merece nosso reconhecimento e aplauso. Parabéns, Editora JusPodivm, por sempre divulgar material de ótima qualidade!

Bela Sintra/Toro/Taipá, março de 2015.

Leonardo Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP, com pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado. Integrou a Comissão de Juristas formada na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

Dierle Nunes

Mestre em Direito pela PUCMINAS. Doutor em Direito pela PUCMINAS-Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Professor do PPGD PUCMINAS. Professor adjunto da PUCMINAS e UFMG. Integrou a Comissão de Juristas formada na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

Luiz Henrique Volpe Camargo

Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Professor da Universidade Católica Dom Bosco de Campo Grande, MS, nos cursos de graduação e especialização. Advogado.

Integrou as duas Comissões de Juristas formadas no Senado Federal e na Câmara dos Deputados para revisão do novo Código de Processo Civil

Audiência de instrução e julgamento

Sumário • 1. Conceito e generalidades – 2. Conteúdo e estrutura: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial; 2.3. Tentativa de autocomposição; 2.4. Produção das provas orais; 2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas); 2.6. Sentença; 2.7. Conversão do julgamento em diligência – 3. Documentação da audiência. Lavratura do termo de audiência – 4. Designação, antecipação e adiamento da audiência de instrução e julgamento – 5. A unidade e continuidade da audiência. Casos excepcionais de suspensão.

1. CONCEITO E GENERALIDADES

A audiência de instrução e julgamento é a sessão pública, que transcorre de portas abertas, presidida por órgão jurisdicional, com a presença e participação de inúmeros outros sujeitos – partes, advogados, testemunhas e auxiliares da justiça –, e que tem por escopos tentar conciliar as partes, produzir prova oral, debater e decidir a causa¹.

A audiência diz-se de “instrução e julgamento”, porquanto sejam esses seus objetos centrais: *instruir* (produzir provas) e *julgar* (decidir) oralmente – não obstante também contenha uma tentativa de conciliação e um momento de debate (alegações finais)². É designação tradicional na linguagem processual brasileira.

Mas não se trata de ato essencial dentro do processo. Pode ser perfeitamente dispensada quando cabível julgamento antecipado do mérito (art. 355, CPC).

Concorrem para o perfeito desenvolvimento da audiência o juiz, as partes, os advogados e auxiliares da justiça.

O juiz exerce os papéis de diretor, investigador e conciliador/mediador na audiência.

O juiz-conciliador/mediador tenta fazer com que as partes cheguem à auto-composição (art. 359, CPC). Para tanto, pode valer-se das técnicas de mediação ou conciliação e, até mesmo, suspender a audiência, se achar conveniente, para que mediadores ou conciliadores exerçam essa tarefa.

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 636-637.

2. “No sistema oral, a audiência é o momento culminante do processo. Por ela se caracteriza o procedimento oral. Os princípios que o definem a informam. Nela se concentra a causa, o juiz se põe em contato direto com as partes e com as fontes de prova; nos atos que então se realizam predomina a palavra falada”. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 291).

O *juiz-investigador* é o que colhe as provas diretamente, tomando depoimento das partes, formulando perguntas para as testemunhas e deduzindo quesitos de esclarecimentos para o perito e os assistentes técnicos. É possível, ainda, a expedição de carta precatória para a colheita de prova.

Convém atentar para o art. 377 do CPC: “A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa, no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada apresentar-se imprescindível”. É preciso que o objeto da carta ou do pedido de auxílio direto (art. 30, II, CPC) *apresente-se como imprescindível* ao correto deslinde do processo. “Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo”³.

Além disso, *as cartas não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento* (art. 375, par. único, CPC).

O *juiz-diretor* preside e conduz as atividades empreendidas na audiência, mantendo a ordem e decoro (art. 360, CPC), no exercício do seu *poder de polícia*, determinando os atos a serem praticados, transmitindo aos peritos, assistentes técnicos e testemunhas perguntas formuladas pelos advogados, ouvindo e consignando as respostas no termo de audiência, solucionando questões incidentais, prolatando a sentença, requisitando força policial, ordenando o comportamento adequado a quem estiver assistindo ou participando do ato etc..

As *partes* comparecem à audiência, sobretudo, para a tentativa de conciliação e, se for o caso, para prestar depoimento pessoal. São atos pessoais das partes – a conciliação não exige a participação do advogado, por não se tratar de ato postulatório. Independentemente disso, a parte “tem o direito de estar presente à audiência e comunicar-se com seu defensor, inclusive para sugerir-lhe perguntas a serem feitas às testemunhas”⁴.

Os *advogados* participam da audiência apresentando requerimentos e alegações (ex.: contradita de testemunha) e formulando perguntas para partes, testemunhas, perito e assistentes técnicos.

Por fim, os *auxiliares de Justiça* são: i) o *oficial de justiça*, responsável pelo pregão inicial; ii) o *escrivão, escrevente ou chefe de secretaria*, a quem incumbe documentar a audiência; iii) eventualmente, *perito, intérprete ou tradutor*.

3. THEODORO Jr., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 637-638.

2. CONTEÚDO E ESTRUTURA

2.1. Considerações iniciais

As principais atividades desenvolvidas na audiência de instrução e julgamento são: *a)* a tentativa de conciliação; *b)* a arguição do perito; *c)* a produção de prova oral; *d)* a apresentação de alegações finais; *e)* a prolação de sentença.

O art. 359, CPC, determina a realização de uma *tentativa de conciliação*, a ser conduzida pelo juiz, que deve comunicar-se com as partes, catalisando e incentivando a solução do conflito.

A audiência, segundo Liebman, é o “palco da oralidade”. É por isso que é lá que deve se dar a *produção da prova oral*: a coleta do depoimento pessoal das partes, a oitiva das testemunhas e a prestação de esclarecimentos por parte do perito e dos assistentes técnicos.

Coletadas as provas, abre-se a oportunidade para os advogados deduzirem *alegações finais*, sua manifestação derradeira. É o instrumento de que dispõem para analisar as provas em confronto com os fatos controvertidos, bem como suscitar, reforçar ou reavivar questões jurídicas – exegese da lei, opiniões doutrinárias, entendimentos jurisprudenciais etc.

Em desfecho, prolata o juiz a *sentença*, examinando ou não o mérito da causa.

Visto seu conteúdo, é preciso esboçar sua estrutura.

A audiência é *ato processual complexo*, integrado por uma sucessão de atos coordenados, interdependentes entre si, e sujeitos ao preenchimento de requisitos formais próprios.

Estrutura-se, sequenciadamente, na seguinte ordem: *a)* a proclamação judicial (abertura); *b)* o pregão inicial feito pelo servidor (art. 358, CPC); *c)* a tentativa de conciliação (art. 359, CPC); *d)* a prestação de esclarecimentos pelo perito e pelos assistentes técnicos (art. 361, I, CPC); *e)* a coleta de depoimento pessoal – primeiro do autor, depois do réu (art. 361, II, CPC); *f)* a inquirição de testemunhas – primeira as arroladas pelo autor, depois as arroladas pelo réu (art. 361, III, CPC); *g)* as alegações finais – primeiro pelo advogado do autor, depois pelo advogado do réu (art. 364, CPC); *e*, em desfecho, *h)* a prolação da sentença.

Admite-se a inversão da ordem de produção das provas, tendo em vistas as particularidades do conflito (art. 139, VI, CPC).

Vejamos, passo a passo, como transcorre a audiência de instrução e julgamento.

2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial

Na forma do art. 358, CPC, no dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência, determinando que se apregoem as partes e seus procuradores.

Algumas notas sobre o tempo e o lugar da audiência.

Deverá ocorrer nos *dias úteis*, dentro do horário de funcionamento do expediente forense. Se até a hora de encerramento do expediente, os trabalhos não tiverem se concluído, o magistrado deve determinar sua continuação em dia próximo (art. 365, parágrafo único, CPC).

Demais disso, a audiência deverá ser realizada na *sede do juízo* ou, em casos excepcionais, no local em que o juiz estabelecer (art. 217, CPC). Se enferma e hospitalizada a parte, por exemplo, pode o juiz determinar que a audiência se realize onde se encontrar.

Na prática, a *abertura da audiência* é muito simples e informal. “Declarar aberta a audiência” é informar ao auxiliar que é chegada a hora de fazer o pregão inicial. O juiz ordena que o auxiliar da justiça convoque (apregoe) as partes e seus respectivos advogados para que ingressem na sala de audiência e acomodem-se, de forma a que possa dar inícios aos trabalhos.

O *pregão inicial* é essa comunicação às partes e aos seus defensores, feita pelo auxiliar de Justiça. “Deve ser feita em voz alta e clara e tem a finalidade de evitar eventuais desatenções e caracterizar a ausência dos que não atenderam a ele”⁵.

Malgrado a lei não seja expressa nesse sentido, impõe-se – e já é de costume – que se apregoem também as testemunhas, o perito e os assistentes técnicos, para que fiquem cientes de que a qualquer tempo serão convocados para depor⁶.

A despeito da simplicidade com que é feito, o pregão é ato essencial para a abertura da audiência, cuja falta pode conduzir à sua invalidade – desde que haja prejuízos, é claro⁷.

2.3. Tentativa de autocomposição

Iniciada a audiência, o juiz tentará fazer com que as partes cheguem à autocomposição ou se valham de outros meios de solução de conflitos, como a arbitragem.

Se estiver representada por advogado, o *comparecimento* da parte na audiência é desnecessário – bastará que o defensor se faça presente. Mas se a parte não estiver representada por advogado com poderes para transigir, considera-se frustrada a tentativa de conciliação (sua presença pessoal não é obrigatória; distingue-se,

5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed., v. 3, p. 640.

6. Nessa linha de entendimento, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, cit., p. 15.

7. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 294; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 15.

neste ponto, da audiência de instrução do procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, em que a presença da parte é obrigatória)⁸.

Havendo conciliação, deverá ser reduzida a termo – documentada por escrito – e homologada por sentença judicial.

Não havendo conciliação, o juiz deverá dar início à produção da prova.

Na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, CPC), o juiz fixou os pontos controvertidos sobre os quais recairá a produção das provas. Se no intervalo entre a decisão de saneamento e a audiência de instrução e julgamento tiver ocorrido a realização de alguma prova – como a perícia, a inspeção judicial, a juntada ulterior de documento –, o objeto da prova (pontos controvertidos) poderá ter sido restringido. A prova oral só será necessária para os pontos de fato ainda não elucidados. Daí a necessidade de o juiz reavaliar quais são os pontos ainda controversos e não corroborados, para que sobre eles incida a prova oral⁹. Essa é uma providência preliminar ao início da colheita da prova em audiência.

2.4. Produção das provas orais

O art. 361, CPC, estabelece em seus incisos a ordem a ser seguida na instrução oral. Relembre-se que, de acordo com o inciso VI do art. 139, CPC, o juiz poderá inverter a ordem de produção das provas, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto.

O *primeiro passo* (art. 361, I) é tomar os *esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos* (nessa ordem) acerca das omissões e inexatidões constatadas em seus opinativos técnicos. Seus esclarecimentos serão prestados em forma de respostas aos quesitos formulados pelas partes e pelo juiz.

Cândido Dinamarco explica, de forma prática e didática: “As perguntas são lidas pelo juiz, o perito dá suas respostas e ambos os defensores podem dirigir-lhes outras, sempre através do juiz e desde que relacionadas com as respostas dadas; repergunta primeiro o advogado que formulara o pedido de esclarecimento, depois o adversário. Do mesmo modo, são prestados esclarecimentos pelos assistentes-técnicos, sendo que as reperguntas são feitas em primeiro lugar pelo advogado da parte que indicou o assistente e, em seguida, pelo adversário”¹⁰.

8. Em sentido diverso, entendendo que o comparecimento da parte é obrigatório, sob pena de adiamento da audiência, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 641.

9. Dessa forma, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 642. Athos Gusmão Carneiro, outrossim, diz que, em verdade, na audiência de instrução e julgamento, o juiz irá “manter, ou retificar, a fixação efetivada na audiência preliminar” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 59).

10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 642.

Se for o caso, nesse momento será realizada a chamada *perícia simplificada*, com a inquirição do perito e dos assistentes técnicos acerca daquilo que tenham examinado informalmente (art. 464, §§2º e 3º, CPC).

O *segundo passo* (art. 361, II) é tomar o *depoimento pessoal* do autor e, ato contínuo, o depoimento pessoal do réu.

O *terceiro e último passo* (art. 361, III) é a *inquirição das testemunhas* arroladas pelo autor – na ordem que ele preferir – e, em seguida, aquelas arroladas pelo réu. Sobre a produção da prova testemunhal, ver capítulo respectivo neste volume.

Finda a instrução, iniciam-se os debates orais, com as alegações finais de ambas as partes.

2.5. Alegações finais. Memoriais (razões finais escritas)

Coletadas as provas orais, o juiz deve dar a oportunidade para a dedução de alegações finais: dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de vinte minutos para cada um, prorrogável por dez, a critério do juiz” (art. 364, *caput*, CPC)¹¹.

O art. 364, §1º, aborda a divisão do prazo no caso de litisconsórcio ou ingresso de terceiro.

Havendo litisconsortes ou terceiro interveniente (assistente simples, por exemplo), somam-se os minutos do prazo legal (vinte minutos) com os minutos facultados a título de prorrogação (dez minutos) e o resultado dessa adição (trinta minutos) deverá ser dividido em partes iguais, entre os procuradores dos litisconsortes. Isso só vale, por óbvio, quando os litisconsortes estão com procuradores distintos.

Se o prazo ficar excessivamente diminuto, porquanto sejam muitos os litisconsortes com advogados diversos, o juiz poderá dilatá-lo, nos termos do art. 139, VI, CPC.

Independentemente disso, nada impede que os litisconsortes convençionem o uso da palavra por um só advogado¹², tendo em vista o art. 190 do CPC.

Quando a causa envolver questões de fato ou de direito complexas (art. 364, §2º, CPC), as alegações finais das partes podem ser deduzidas por escrito, por meio dos chamados *memoriais*, em prazos sucessivos de quinze dias, a começar pelas do autor. Cabe ao juiz definir, à luz do caso concreto, se o nível de complexidade das

11. Se o juiz denegar a oportunidade do debate, a audiência será viciada, podendo, pois, ser invalidada. Mas nada impede que as partes renunciem ao direito de deduzir alegações finais. É o que registra Athos Gusmão Carneiro, com base em ponderações de Pontes de Miranda (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 85).

12. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 84.

questões justifica o deferimento de pedido de apresentação de memoriais¹³, sendo raro o magistrado que não os admita. Cumpre lembrar que, com base no art. 139, VI, o juiz pode dilatar os prazos processuais – esse é um caso em que isso acontecerá com frequência.

“Ao julgador, pois, pertence a prudente opção no campo procedimental. Ainda que os advogados se declarem prontos ao debate oral, permanece reservado ao juiz o poder de determinar-lhe a conversão em razões escritas; igualmente poderá o juiz indeferir, finda a instrução, o requerimento dos procuradores no sentido da apresentação das razões escritas, concedendo-lhes de imediato a palavra, quando singela a lide”.¹⁴

2.6. Sentença

Feitas as alegações finais, oralmente, em mesa de audiência, completa-se a instrução e deve o juiz, desde logo, proferir a sentença, oralmente. Mas o juiz pode optar por proferir a decisão por escrito, posteriormente, em seu gabinete, quando deverá apresentá-la no prazo de trinta dias (art. 366, CPC).

Se a sentença foi prolatada em audiência, após as razões finais, considera-se desde então publicada.

Mas se o juiz optou por registrá-la por escrito, no prazo legal, designará uma data para o prosseguimento da audiência, em que irá pronunciar a e publicá-la. Normalmente, opta-se pela publicação na imprensa oficial – ou, não havendo, determina-se a intimação das partes do seu teor.

2.7. Conversão do julgamento em diligência

Quando já finda a fase de instrução e oferecidas as razões finais, o juiz pode, em vez de sentenciar, *converter o julgamento em diligência probatória*, retornando à instrução. Pode determinar a produção de novas provas para a elucidação de pontos de fato que restaram obscuros.

Admite-se a produção de qualquer meio de prova, desde que respeitada a garantia do contraditório e os limites do poder instrutório do juiz, já examinados neste volume do *Curso*.

A providência não conta com previsão expressa no CPC, mas é compatível com nosso sistema e amplamente admitida pela doutrina¹⁵.

13. Segundo Moacyr Amaral Santos, a substituição por memoriais pode dar-se por acordo das partes (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 300).

14. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, 9 ed., 2001, p. 91.

15. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 645.

3. DOCUMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA. LAVRATURA DO TERMO DE AUDIÊNCIA

O servidor, sob ditado do juiz, documentará todos os atos da audiência; o termo deve conter o resumo do ocorrido na audiência e a íntegra dos pronunciamentos judiciais nela proferidos (art. 367, CPC).

As ocorrências em geral – incidentes, questões levantadas, decisões proferidas, providências determinadas etc. – serão registradas no *termo de audiência*, que recebe a designação de *ata*.

A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica (art. 367, §5º, CPC).

Essa gravação também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial (art. 367, §5º, CPC). Nesse caso, ainda que não haja necessidade de autorização judicial, a parte deve informar a todos os participantes da audiência que procederá à gravação: essa é uma exigência ética que decorre do princípio da boa-fé e do princípio da cooperação (arts. 5º e 6º do CPC).

Há duas regras sobre processo eletrônico que são imprescindíveis para a compreensão da documentação da audiência:

“Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes” (§ 1º do art. 209 do CPC). Na hipótese de documentação eletrônica, eventuais *contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de preclusão*, devendo o juiz decidir de plano, e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão (art. 209, §2º, CPC).

Não sendo termo eletrônico, todas as folhas serão subscritas pelo juiz, advogados, partes, Ministério Público, escrivão ou chefe de secretaria; as partes somente o assinarão se houver ato de disposição para cuja prática o respectivo advogado não tenha poder (art. 367, §2º, CPC). Por fim, tais termos, juntamente com documentos eventualmente recebidos pelo magistrado, devem ser acostados aos autos do processo pelo escrivão ou chefe de secretaria (art. 367, §3º, CPC).

Já os esclarecimentos do perito e dos assistentes, bem como o depoimento das partes e das testemunhas serão por ele consignados no denominado *termo de assentada* ou *assentada*¹⁶.

16. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 647.

4. DESIGNAÇÃO, ANTECIPAÇÃO E ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Na decisão de saneamento e organização do processo, deve o juiz designar a data e a hora da audiência de instrução e julgamento (art. 357, V, CPC). A audiência também pode ter sido designada no calendário processual concertado entre partes e juiz (art. 191, CPC).

Ao designá-la, o juiz deve observar o tempo necessário para a realização de eventual perícia ou outras diligências – ex.: exibição de documento a ser periciado por terceiro, inspeção judicial etc. Se for o caso, pode até optar por marcar a audiência depois de concluídos tais trabalhos, levando em conta o seu grau de relevância e complexidade¹⁷. Cumpre lembrar que, na decisão de organização da atividade instrutória, o juiz deve fixar o calendário para a realização da perícia (art. 357, §8º, CPC).

Constatando urgência na solução da causa, ou eventual disponibilidade em sua pauta de audiência, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a *antecipação da audiência*.

O art. 362, CPC, prevê, contudo, a possibilidade de *adiamento* da audiência, em três hipóteses: *i)* por *convenção das partes*; e *ii)* pela *ausência de sujeitos do processo* que necessariamente deveriam fazer parte da audiência – nesse caso, é preciso que haja motivo justificado para o adiamento, comprovado até a abertura da audiência (art. 362, §1º, CPC); *iii)* pelo atraso injustificado do início da audiência, por tempo superior a trinta minutos do horário marcado – nesse caso, há direito das partes e dos advogados ao adiamento.

A ausência de servidor não obsta a abertura e realização da audiência. Neste caso, cabe ao juiz convocar substituto, ou, se não houver, nomear auxiliar *ad hoc* – o escrivão *ad hoc*, por texto de lei.

Entende a doutrina que não é motivo para adiamento da audiência, o fato de o advogado ter outra audiência designada para o mesmo dia e horário, em outro processo – ainda que a designação tenha sido anterior. A parte contrária não pode responder pela asoerbaumento de trabalho do causídico¹⁸.

Não parece que a solução deva ser dada *a priori*: veja, por exemplo, a situação que ocorreu na Bahia, em que o Tribunal de Justiça determinou um mutirão de audiências nos Juizados Especiais, concentradas

17. Em sentido semelhante, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 289.

18. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 97. Em sentido diverso, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, p. 376; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 648; ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 630.

em curto espaço de tempo, o que levou alguns advogados a ter mais de vinte audiências designadas para um mesmo dia.

Se a *parte* se ausenta sem justo motivo, existem duas consequências de relevo: *i)* malograda será a tentativa de conciliação, salvo se seu advogado estiver presente e investido do poder especial para transigir; *ii)* tendo sido intimada para prestar depoimento pessoal, sofrerá a pena de confesso, com a presunção relativa de veracidade do fatos afirmados pela contraparte.

Se o *advogado, defensor público ou Membro do Ministério Público* se ausenta sem justo motivo, o juiz *pode* dispensar as provas requeridas pela parte, na forma do art. 362, §2º, CPC. Fica a critério do juiz a imputação de tal sanção¹⁹. “Um limite a esse poder é a indisponibilidade dos direitos: seria incoerente com o sistema a dispensa de prova de fatos referentes a direitos indisponíveis, quando em relação a eles não se aplica o efeito da revelia nem a pena de confesso, nem é plenamente eficaz a própria confissão”²⁰.

Se ambos os advogados (do autor e do réu) se ausentam injustificadamente, isso não impedirá a abertura e realização da audiência, aplicando-se o citado art. 362, §2º, CPC²¹.

Se o *assistente técnico* se ausenta sem justo motivo, a audiência não será adiada. Realizar-se-á sem a sua participação, em prejuízo das partes que solicitaram esclarecimentos.

No exame da eficácia da *ausência da testemunha*, é preciso distinguir duas situações: a da testemunha que foi intimada e não compareceu e a da testemunha, cuja intimação foi dispensada, e não compareceu.

No primeiro caso, a ausência da testemunha dá ensejo ao adiamento da audiência (art. 455, §5º, CPC), com ou sem justificação. Não justificada sua ausência, será conduzida coercitivamente (art. 455, §5º, CPC) – o que se aplica por analogia ao perito²².

No segundo caso, o não comparecimento da testemunha só implica adiamento se houver justificação. Sem justo motivo, a prova não será realizada, como se dela houvesse desistido tacitamente a parte que se comprometeu em trazê-la sem intimação.

19. Para Athos Gusmão Carneiro, a norma não tem caráter punitivo, apenas visa à economia processual (eficiência), com a dispensa de provas que o juiz reputa inadequadas ou desnecessárias para formar sua convicção (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 100).

20. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 649.

21. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 295. Em sentido diverso, Athos Gusmão Carneiro entende que o juiz não deve realizar a audiência (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 99).

22. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 296; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 102.

Segundo o art. 362, §3º, CPC, responderá pelas custas acrescidas, aquele que der causa ao adiamento da audiência.

Mas subsistem *outras hipóteses de adiamento* previstas em outros dispositivos legais. Veja-se.

Existem prazos para o perito apresentar o laudo e as partes (por seus assistentes técnicos) sobre ele se manifestarem, respectivamente. Tudo isso deve ser feito antes do início da audiência de instrução e julgamento, em tempo de se solicitarem a prestação de esclarecimentos pelos especialistas na assentada.

Assim, o *atraso na entrega do laudo pericial* pelo perito, que pode pedir a prorrogação do seu prazo, conduzirá, não raro, ao adiamento da audiência. Ou, ainda, a *demora na intimação das partes* para se manifestarem (através de seus assistentes técnicos) sobre o laudo pode prejudicar o início da audiência²³.

É caso de adiamento, ainda, a determinação judicial, de ofício ou a requerimento, de *oitiva de testemunha referida* em algum depoimento (das partes ou testemunhas) – isso porque as testemunhas ainda deverão ser intimadas.

Não se pode olvidar que *imprevistos e intempéries* podem implicar o adiamento da audiência, como, por exemplo, uma greve dos serventuários da Justiça, o prolongamento da audiência anterior que se estenda até o fim do dia etc.

De todo modo, adiada ou antecipada a audiência, o juiz determinará a intimação do advogado ou da sociedade de advogados acerca da nova data (art. 363, CPC).

5. A UNIDADE E CONTINUIDADE DA AUDIÊNCIA. CASOS EXCEPCIONAIS DE SUSPENSÃO

Dita o art. 365, CPC, que a audiência de instrução e julgamento é uma e contínua.

Sua *unidade* reside no fato de as atividades de conciliação, instrução, debate e julgamento estarem reunidas em uma só audiência – não existem outras audiências previstas em lei para a sua realização.

Sua *continuidade* revela-se na exigência de que toda a atividade acima descrita se concentre em uma só sessão; que a audiência inicie e termine em uma única assentada, sem interrupções. Privilegia-se o princípio da concentração dos atos processuais, corolário do princípio da oralidade²⁴.

23. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 648.

24. Segundo Alexandre Câmara, havendo interrupção, não se segue uma nova audiência, mas a continuação da anterior. Assim, baseando-se nessa continuidade da audiência, sustenta que a parte presente na primeira sessão da audiência, não pode ser considerada ausente se faltar à segunda sessão, porquanto mera continuação.

Mas o próprio art. 365, CPC, prevê que, se não for possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará seu prosseguimento para dia próximo, em pauta preferencial. É possível, assim, casos excepcionais de *suspensão*. É o caso da demora que inviabilize o esgotamento de todas as atividades numa só sessão; da ausência de alguma testemunha etc.²⁵

Moacyr Amaral Santos ressalva, contudo, que “não se interromperá o depoimento da parte ou de testemunha, assim como a exposição e os esclarecimentos do perito. Iniciado o debate oral, não poderá ser suspenso”.²⁶

Os sujeitos presentes na audiência suspensa, nesta mesma oportunidade, devem ser cientificados da data designada para seu prosseguimento. Dispensa-se, assim, a trabalhosa e custosa diligência de intimação.

Já os ausentes, por motivo justo, devem ser regularmente intimados.

Não se aplicam, pois, as consequências previstas em lei para sua ausência (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, cit., p. 372).

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 647-648.

26. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 293.

Teoria Geral da Prova e Parte Geral do Direito Probatório

Sumário • 1. Noções introdutórias – 2. Acepções da palavra “prova” – 3. Meios e fontes de prova – 4. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova – 5. Classificação da prova – 6. Prova e busca da verdade – 7. Finalidade da prova – 8. Destinatário da prova – 9. Objeto da prova: 9.1. Observação preliminar; 9.2. Características do fato probando: 9.2.1. Controvérsia; 9.2.2. Relevância; 9.2.3. Determinação; 9.3. Fatos que independem de prova (art. 374, CPC): 9.3.1. Fato notório; 9.3.2. Afirmado por uma parte e confessado pela parte adversária ou admitido no processo como incontroverso; 9.3.3. Fatos em cujo favor milita presunção legal de existência: 9.3.3.1. Conceito de presunção legal; 9.3.3.2. Presunções legais absolutas. As ficções jurídicas; 9.3.3.3. Presunções legais relativas; 9.3.3.4. Um caso específico de presunção legal relativa: a recusa da parte a submeter-se a exame genético: 9.3.3.4.1. O art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992; o enunciado n. 301 da súmula do STJ; 9.3.3.4.2. A aplicação das regras nas ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética; 9.4. Prova da fonte normativa (“prova do Direito”); 9.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro – 10. Regras da experiência, indícios e presunções: 10.1. As regras da experiência: 10.1.1. Generalidades; 10.1.2. Espécies de regras da experiência; 10.1.3. Distinção entre regra da experiência e fato notório; 10.1.4. Funções da regra da experiência; 10.2. Indícios e presunções judiciais: 10.2.1. Indícios; 10.2.2. A relação entre os indícios, as regras da experiência e as presunções; 10.2.3. Presunções judiciais (simples, comuns ou “hominis”); 10.2.4. A prova prima facie; 10.2.5. Prova por amostragem – 11. Procedimento probatório – 12. Natureza jurídica das normas sobre prova – 13. Normas estruturantes do direito probatório: 13.1. Poderes instrutórios do juiz. Considerações sobre o garantismo processual; 13.2. Aquisição processual da prova: 13.2.1. Generalidades. A homogeneidade da eficácia probatória; 13.2.2. Relevância de saber quem promoveu a produção da prova; 13.3. Atipicidade dos meios de prova. As provas atípicas; 13.4. Proibição de prova ilícita: 13.4.1. Generalidades; 13.4.2. Prova moralmente ilegítima; 13.4.3. Prova ilícita e prova ilegítima; 13.4.4. Critérios para aferição da ilicitude; 13.4.5. Provas ilícitas por derivação; 13.4.6. Exceções à proibição da prova ilícita por derivação. Art. 157 do Código de Processo Penal; 13.4.7. Prova ilícita negocial; 13.4.8. Direito fundamental à produção de prova e direito fundamental a não ter contra si uma prova produzida ilicitamente; 13.4.9. Proibição de prova ilícita e proteção da intimidade e da privacidade; 13.4.10. Proibição de prova ilícita e sigilo telefônico; 13.4.11. Interceptação telefônica para instrução processual civil; 13.4.12. Decisão baseada em prova ilícita: nulidade e rescindibilidade; 13.5. Sistema de valoração da prova pelo juiz: convencimento motivado ou persuasão racional: 13.5.1. Generalidades; 13.5.2. “Livre” convencimento motivado; 13.5.3. Limites à valoração da prova pelo juiz: 13.5.3.1. Prova constante dos autos, corolário do princípio do contraditório; 13.5.3.2. Motivação racional; 13.5.3.3. Motivação controlável; 13.5.3.4. Regras episódicas de prova legal; 13.5.3.5. Respeito às regras da experiência; 13.6. Ônus da prova: 13.6.1. Conceito. Dimensões (funções) objetiva e subjetiva; 13.6.2. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária; 13.6.3. Distribuição legal do ônus da prova: 13.6.3.1. Generalidades; 13.6.3.2. A “inversão ope legis” do ônus da prova; 13.6.3.3. Prova diabólica. Prova duplamente diabólica; 13.6.3.4. Ônus da prova de fato negativo; 13.6.4. Distribuição convencional do ônus da prova; 13.6.5. Distribuição do ônus da prova feita pelo juiz: 13.6.5.1. Generalidades; 13.6.5.2. Pressupostos formais gerais: 13.6.5.2.1. Decisão motivada; 13.6.5.2.2. Momento da redistribuição; 13.6.5.2.3. Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa; 13.6.5.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz; 13.6.5.4. A inversão do ônus da prova feita pelo juiz em causas de consumo – 14. Prova emprestada: 14.1. Generalidades; 14.2. Respeito ao contraditório; 14.3. Critérios de valoração da prova emprestada; 14.4. Prova emprestada produzida em segredo de justiça; 14.5. Prova produzida por juiz incompetente; 14.6. Interceptação telefônica autorizada no processo penal como prova emprestada no juízo cível – 15. Preclusão para o juiz em matéria de prova.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito¹. É, entre os assuntos da *dogmática processual*, aquele que exige do aplicador e do estudioso maior volume de noções de outras áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade, aqui, não é apenas um desejo acadêmico: sem observar essa característica, não há como interpretar e aplicar corretamente as regras do direito probatório.

Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping center* ou em um processo jurisdicional), é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova.

No processo jurisdicional, o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseie nos fatos suscitados no processo (normalmente pelas partes, mas que, em algumas situações, podem ter sido suscitados pelo próprio magistrado) e postos sob o crivo do contraditório.

O fenômeno jurídico não prescinde da averiguação da ocorrência dos fatos, sobre os quais incide o enunciado normativo, dando-lhe eficácia jurídica.

Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora. A “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”², como afirmou Bentham, em pensamento clássico.

Este capítulo é dedicado ao estudo da teoria geral da prova e da parte geral do direito probatório: o conjunto de conceitos e regras gerais para o estudo do direito probatório.

2. ACEPÇÕES DA PALAVRA “PROVA”

Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição³.

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado⁴: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade

1. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t. 1, p. 9.

2. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 1, p. 10.

3. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 67.

4. Amaral Santos, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 3-4.

probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação⁵; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Sintetiza o tema Eduardo Cambi:

“Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).”⁶

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*.

3. MEIOS E FONTES DE PROVA

A prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios. No processo, os meios de prova precisam ser juridicamente idôneos (art. 369, CPC).

Distinguem-se os *meios* das *fontes* de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos⁷. Os meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”⁸.

5. Esse parece ser o sentido utilizado por Aroca, ao definir a prova como “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza em el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos” (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 39).

6. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Provas atípicas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 76, p. 115.

8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 212.

“De onde podem partir essas pontes? À evidência, de tudo quanto seja acessível aos comuns sentidos humanos... Logo, os pontos de partida concebíveis são: outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noites, precipitações atmosféricas, modificações do solo ou da paisagem devidas a movimentos tectônicos e assim por diante) ou artificialmente provocados (v.g., uma reação química em laboratório)”.⁹

Para Carnelutti, no entanto, somente há sentido em falar-se na contraposição entre *meio* e *fonte* de prova quando se estão estudando as chamadas *provas indiretas*. Conforme se verá mais adiante, no item dedicado à classificação das provas, para o autor italiano, indiretas são aquelas provas por meio das quais o juiz tem acesso ao fato que se quer provar a partir da percepção de outro fato, que o representa. Por exemplo: o depoimento de uma testemunha por si só já é um fato da vida; é por meio dele que o magistrado chega ao fato que se pretende provar. Portanto, o objeto de percepção do juiz aí é o depoimento; o objeto da prova, contudo, é o fato sobre o qual se presta o depoimento. O processualista italiano então conclui:

“Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamados os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que não se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”.¹⁰

Para ele, as *fontes de prova* podem ser classificadas em duas categorias: a) há as *fontes de prova em sentido estrito*, assim entendidos os “fatos que servem para a dedução do fato a provar e que estão constituídos pela representação deste”, ou seja, os fatos representativos que demonstram diretamente a ocorrência de outro fato (o fato representado ou fato probando); exemplo disso são o documento, o depoimento da testemunha etc.; b) há ainda as *fontes de presunção*, assim entendidos os “fatos que servem para a dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste”, isto é, os fatos secundários ou circunstanciais que apenas indiretamente apontam para a possível ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando); exemplo disso são os indícios¹¹.

Não é esse, porém, o posicionamento do *Curso*, conforme visto nos parágrafos introdutórios deste item.

9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”, cit., p. 213.

10. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99.

11. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 120.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA. RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O DIREITO À PROVA

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante¹².

Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental.

Esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8.º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n.º 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”.¹³ Não custa lembrar que, na forma do § 3º do art. 5º da CF/88, após a EC n. 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O direito fundamental à prova tem conteúdo complexo.

Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Quanto ao segundo aspecto, Eduardo Cambi esclarece que esse direito fundamental à prova tem caráter instrumental; e sua finalidade, afirma, é o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Por isso, deve-se sempre buscar dar efetividade a tal direito. E “nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”,¹⁴ influenciando, assim, no convencimento do julgador. Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores constitucionalmente consagrados. Há inúmeras regras que limitam o direito à produção da prova. Elas serão estudadas oportunamente, no exame de cada um dos meios de prova.

12. Assim, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258-259; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 166; DORIA, Rogério Dotti. “O direito à prova e a busca da verdade material” In: Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 326.

13. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 167-168.

14. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 170.

Mas o direito à produção da prova tem autonomia suficiente para ser objeto de um processo autônomo. A *ação probatória autônoma* é uma demanda que possui como único propósito a produção de uma prova – ela está regulada nos arts. 381 ss. do CPC e será examinada em item mais à frente.

O direito à participação na produção da prova é garantia básica inerente ao contraditório. Não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova contra quem não participou da sua produção. A regra do art. 474, CPC, que cuida do direito das partes de terem ciência da data e do local da realização da prova pericial, concretiza essa garantia; o direito de as partes participarem da exposição de documento que consiste em reprodução cinematográfica ou fonográfica, idem (art. 434, par. ún., CPC).

O direito de manifestar-se sobre a prova produzida é concretizado em diversas regras. Confirmam-se, por exemplo, a que permite a apresentação de laudo do assistente técnico da parte sobre o laudo pericial (art. 477, §1º, CPC) e a que permite a apresentação das razões-finais, após a audiência de instrução (art. 364, CPC). Mesmo diante do silêncio da lei, esse direito deve ser garantido com base na Constituição – tal como o direito de as partes se manifestarem sobre o auto ou termo de inspeção judicial, sobretudo se já tiver passado o momento das razões finais (por ex., se inspeção se deu em grau de recurso ou após a conversão do feito em nova diligência probatória).

O direito ao exame da prova produzida é corolário do direito à produção da prova. Muitas vezes o magistrado, analisando as provas trazidas ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquelas que dão sustentação à tese vencedora. É bastante comum que o juiz, por exemplo, julgando *procedente* um pedido, fundamente a sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nas provas produzidos pelo *autor* – “a testemunha ‘A’ confirma o que foi dito na inicial”, “o documento ‘B’ atesta a versão do autor” etc.

Isso, porém, não é correto. É imprescindível que o órgão julgador indique também *por que* as provas trazidas pela parte *derrotada* não o convenceram¹⁵.

Sobre o ponto, são irrepreensíveis as palavras de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart, para quem “embora o que ocorre na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela

15. Também nesse sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 290. Para a autora, o juiz “não pode omitir menção às provas que não considerou relevantes, provas tidas como importantes por uma das partes, e deve explicar porque não foram consideradas como base de sua decisão”.

parte perdedora não lhe convenceram. [...] é preciso eliminar a ideia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor”.¹⁶

De pouco valeria ter o direito à produção de um meio de prova, se o juiz pudesse, solenemente, ignorá-lo. Se a prova foi produzida, é porque o órgão julgador a considerou relevante para a causa; essa decisão gera para a parte a expectativa legítima de que a prova seja valorada. Trata-se de imposição do princípio do contraditório, mais uma vez, e do princípio da cooperação, pois essa conduta revela respeito do juiz pela atuação processual da parte.

5. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Quanto ao *objeto*, as provas¹⁷ classificam-se em: a) *diretas*: se se referem ao próprio fato probando, como p. ex, a testemunha que narra o fato do acidente a que assistiu; b) *indiretas*: se não se referem ao fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como p. ex, quando o perito descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido. A prova indiciária é a prova indireta.

Carnelutti traz essa classificação de outra forma. Segundo o autor, *direta* é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, o próprio fato que se quer provar; exemplo típico disso seria a inspeção judicial. *Indireta* é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, um fato (chamado de fato representativo) que representa o fato que se quer provar (chamado de fato representado). Nesse sentido, o documento, por exemplo, é uma prova indireta, na medida em que a sua existência, por si só, já é um fato da vida; esse fato da vida, por sua vez, vem para representar um outro fato. Conclui o autor: “A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na *coincidência* ou na *divergência do fato a provar* (objeto da prova) e do *fato percebido pelo juiz* (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o *objeto da prova* e o *objeto da percepção*: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento”.¹⁸

Quanto à *fonte*¹⁹, as provas podem ser: a) *pessoais*: é a que se extrai de afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; o testemunho é

16. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 461.

17. Cf. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., v. 1, p. 30-31; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 53-54.

18. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 83.

19. Cf. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., v. 1, p. 30; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 54-55.

uma prova pessoal; *b) real*: é a que se deduz do exame das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu, p. ex, os bambus como prova dos limites entre dois imóveis; o terror, o desespero; trincas nas paredes etc.; o documento é uma prova real.

Quanto à *forma* (modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo)²⁰, as provas podem ser: *a) orais*: em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas orais estão as provas testemunhal, depoimento de parte e confissão etc.; *b) documentais*: afirmação escrita ou gravada: escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.; *c) material*: a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

Quanto à sua *preparação*²¹, as provas podem ser: *a) casuais ou simples*: as provas preparadas durante o processo; *b) preconstituídas*: em sentido amplo, se entendem as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futuro processo; em sentido estrito, dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que comente por instrumento se constituem²².

Prova composta é a que resulta da concordância, entre si, de muitos meios de prova, os quais, cada um, é insuficiente para demonstrar o alegado. É a combinação entre si de vários meios imperfeitos de prova.

6. PROVA E BUSCA DA VERDADE

A verdade

“A porta da verdade estava aberta
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez

Assim não era possível atingir toda a verdade.
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade

E a segunda metade
Voltava igualmente como perfil
E os meios perfis não coincidiam.

20. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 55-56.

21. Cf. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., v. 1, p. 32.

22. Bentham distingue a prova preconstituída, chamando atenção de que, se ela foi previamente preparada por apenas uma das partes – como, p. ex., o livro comercial –, seria uma prova *semipreconstituída*. Prova preconstituída propriamente dita seria aquela previamente preparada por ambas as partes (BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*, ob. cit., v. 1, p. 32.

Arrebentavam a porta, derrubavam a porta,
Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela e carecia optar.
Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.
(Carlos Drummond de Andrade)

Verdadeira embolada
A verdade que se preza
É fiel que nem um cão
A de César é de César
A de Cristo é do cristão
A mentira anda na feira
Vive armando confusão
Cheia de perfume, rebolando na ladeira
De mão em mão

A mentira e a verdade
São as donas da razão
Brigam na maternidade
Quando chega Salomão
A razão pela metade
Vai cortar com seu facão
Vendo que a mentira chora e pede piedade
Dá-lhe a razão

Na realidade
Pouca verdade
Tem no cordel da história
No meio da linha
Quem escrevinha
Muda o que lhe convém
E não admira
Tanta mentira
Na estação da Glória
Claro que a verdade
Paga a passagem
E a outra pega o trem

A mentira, me acredite
Com a verdade vai casar
Se disfarça de palpíte
Pra verdade enfeitiçar
Todo mundo quer convite

A capela vai rachar
Pra ver a verdade se mordendo de apetite
Ao pé do altar

Na verdade cresce a ira
A mentira é só desdém
A verdade faz a mira
A mentira diz amém
A verdade quando atira
O cartucho vai e vem
A verdade é que no bucho
De toda mentira
Verdade tem
(*Edu Lobo e Chico Buarque*)

“E para aquele que provar que estou mentindo, eu tiro meu chapéu”.
(*Raul Seixas*)

É comum dizer que a verdade absoluta é algo inatingível, que é utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso; a rigor, ou o fato existiu, ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que *se diz* sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas.

No processo, discutem-se as afirmações que são feitas acerca dos fatos – ou seja, as valorações, as impressões que as pessoas têm deles. Parafraseando João Ubaldo Ribeiro, o negócio é o seguinte: no processo, não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações²³. Ou, como diriam os Titãs, “existem provas de amor, apenas; não existe amor”.

A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar²⁴. Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia²⁵. O mais correto, mesmo, seria entender a

23. A frase correta, posta como epígrafe de *Viva o Povo Brasileiro*, é a seguinte: “O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias”.

24. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145-148.

25. ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 3, p. 688.

verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, própria da condição humana²⁶⁻²⁷. Esta, sim, seria capaz de ser alcançada no processo, em razão do exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem a veracidade de suas alegações. “O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.”²⁸

São bastante conhecidas as palavras de CALAMANDREI: “Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. (...) Até nos casos muito raros, em que o juiz pode ‘conhecer os fatos da causa’ mediante a inspeção (...), a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, por um erro dos sentidos, pode lhe haver parecido”²⁹.

O problema desse modo de pensar é que ele parte de uma ideia absoluta de verdade para concluir que, existindo uma verdade *absoluta, real, suprema*, o processo não pode, nem deve buscá-la. Mas é preciso reavaliar esse parâmetro de verdade.

Como dito por Michele Taruffo, nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas. Toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela *relativa* a um determinado contexto³⁰.

26. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*, cit., p. 148.

27. A exclusão da verdade como valor absoluto nos leva a aceitar uma concepção mais humana e realista do processo judicial (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. *El Juez frente la Prueba*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Librería Editora Platense SRL, 1996, p.42).

28. ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”, cit., p. 688-689.

29. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (trad.). Campinas: Bookseller, 1999, p. 270-271.

30. No original, eis o que diz Taruffo: “La distinzione tra verità assoluta e verità relativa appare, però, sostanzialmente priva di senso. Nella cultura attuale si parla di verità assolute soltanto in qualche metafisica e in qualche religione integralista. Neppure la scienza, infatti, parla più di verità assolute, e nella vita quotidiana solo qualcuno

Isso nada tem a ver com a velha dicotomia *verdade real* x *verdade formal*. À exceção, como dito, das discussões metafísicas e religiosas, em que se pode pretender alcançar a *verdade* – embora não por meios racionais –, a busca racional pela verdade, mesmo em ambientes externos ao processo judicial, é sempre *relativa*: isto é, relativa ao *contexto* em que ela é buscada. Não há, assim, diferença conceitual entre a verdade que se busca *fora* e aquela que se busca *dentro* do processo, razão por que é infundado distinguir entre verdade formal e verdade real, ou material.

Vistas as coisas sob essa ótica – de que a verdade com que se deve preocupar a ciência e também o processo é sempre relativa e contextual –, parece-nos que a verdade há, sim, de ser buscada no processo. A par do seu escopo de pacificação social (resolução de conflitos), o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos.

Essa cooperação deve ter por objetivo alcançar a *verdade* como premissa para uma resolução *justa* do conflito posto, observadas, sempre, as limitações do devido processo legal (como a proibição de prova ilícita e a exigência de o juiz ater-se à prova produzida no processo). Esta é, ao menos, uma premissa ética³¹ que deve nortear a conduta dos sujeitos processuais. A verdade funciona como uma bússola, a guiar a atividade instrutória.

Não é por acaso que o CPC permite ação rescisória quando a decisão rescindenda fundar-se em erro de fato (art. 966, VIII, CPC). A preocupação com a correspondência entre a decisão e a verdade parece evidente.

É preciso revalorizar a verdade e redimensionar o seu papel no processo. A justiça de uma decisão, como bem lembra Taruffo, não depende apenas de ela finalizar

irrimediabilmente ammalato di presunzione può affermare che le sue verità sono assolute. Accade normalmente, quindi, in generale ed in particolare nel diritto e nel processo, che si possa parlare correttamente soltanto di verità “relative”: ogni verità, infatti, è *context-laden* ed è vincolata alla situazione in cui viene ricercata e stabilita, alle informazioni su cui si fonda, al metodo che si segue per stabilirla, alla validità ed efficacia dei controlli che si pongono in essere per confermarla. Ciò accade nella scienza, ed a maggior ragione accade in contesti meno rigorosi, come quello del processo. Tuttavia, il fatto che si possa sensatamente parlare, in generale e nel contesto del processo, soltanto di verità relative, non significa che la verità non esista, non abbia senso e non possa essere stabilita: significa soltanto che la verità non è mai assoluta e va stabilita sulla base delle prove disponibili. Ciò vale in tutti gli ambiti di conoscenza razionale, e vale in particolare nell’ambito del processo. E’ dunque opportuno convenire che quando si parla di verità processuale si parla solo di verità relativa, lasciando le verità assolute ad altri ambiti, nei quali della verità non si dà alcuna dimostrazione razionale” (TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007).

31. Sobre o assunto, diz Taruffo: “Anzitutto, si può pensare alla verità come ad un valore di carattere morale. Da un lato, infatti, sarebbe inaccettabile qualunque sistema etico fondato sulla falsità, o anche soltanto sull’indifferenza rispetto alla distinzione tra il vero e il falso. Sarebbe cioè inaccettabile qualunque sistema morale che in qualunque modo attribuisca legittimazione alla falsità. Dall’altro lato, la verità si può configurare come un requisito essenziale dell’integrità intellettuale dell’uomo, e della sincerità e fiducia sulle quali dovrebbero fondarsi i rapporti interpersonali” (TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, cit.)

um processo que transcorreu de modo correto, com respeito a todas as garantias processuais e mediante interpretação e aplicação adequada do direito. Tudo isso é necessário, mas não suficiente para determinar a justiça da decisão. Afinal, nenhuma decisão pode ser considerada justa se, a despeito de tudo isso, estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo³².

O art. 369 do CPC expressamente menciona a “verdade” como objetivo da prova.

7. FINALIDADE DA PROVA

Há basicamente três teorias que procuram explicar qual a finalidade da prova³³: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo³⁴. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido.

A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarification legal das provas, sobre o qual se vai falar mais adiante. Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca dos fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente, demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo.

Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira

32. “Nell’ambito del valore giuridico della verità è possibile mettere in particolare rilievo il valore *processuale* che alla verità va riconosciuto. Questo valore processuale risulta evidente se si pensa che il processo sia finalizzato non solo a risolvere controversie, bensì a risolvere controversie per mezzo di decisioni giuste. La giustizia della decisione, infatti, non dipende soltanto dal fatto che essa costituisca l’esito di un processo che si è svolto in modo corretto, ossia nel rispetto di tutte le garanzie che riguardano l’indipendenza e l’imparzialità del giudice e i diritti delle parti, né soltanto dal fatto che il giudice abbia correttamente interpretato ed applicato la norma che viene assunta come criterio giuridico di decisione. Queste condizioni sono necessarie, ma non sono sufficienti a determinare la giustizia della decisione. [...] nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su una ricostruzione errata, non veritiera, dei fatti che costituiscono l’oggetto del processo. Da questo punto di vista, la verità della decisione sui fatti costituisce una condizione necessaria della giustizia della decisione stessa” (TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, cit.).

33. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, ob. cit., t. 1, p. 239-250.

34. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, ob. cit., t. 1, p. 250. Também assim, FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. *El Juez frente la Prueba*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996, p. 42 e 43.

teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa *convencer-se* dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da *crença* de tê-la alcançado. Como conclui Echandia, “la justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”³⁵.

Até então, essa tem sido vista como a efetiva finalidade da prova: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. É como sintetiza Vicente Greco Filho: “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”³⁶.

Esse pensamento não é incorreto. Mas é preciso ir além.

Além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as *próprias partes* se convençam (*i*) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (*ii*) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.

Podemos dizer, inclusive, que, antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais³⁷.

Antes de ir a juízo, seja para deflagrar uma demanda judicial, seja para resistir a uma demanda que lhe é dirigida, as partes naturalmente precisam avaliar os elementos de que dispõem para sustentar a sua posição jurídica – ativa ou passiva, conforme seja. Assim, a par da análise dos fatos que envolvem o problema e das consequências que o ordenamento jurídico atribui a esses fatos, devem as partes preocupar-se com a *possibilidade* de demonstrar a sua ocorrência e com o *modo* de fazê-lo.

Nesse sentido, exige-se da parte, ou do seu procurador, uma análise criteriosa das alegações de fato e das *provas* de que o sujeito dispõe a seu respeito – além, obviamente, da tese jurídica que elas permitem sustentar. Ainda que a parte tenha *íntima convicção* do seu direito, ou da legitimidade da resistência que opõe ao direito da contraparte, é preciso verificar se os fatos em que essa acreditada posição jurídica se assenta podem ser demonstrados.

35. Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., t. 1, p. 251.

36. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 182.

37. Sobre o assunto, Flávio Luiz Yarshell ensina que, “antes ou mesmo durante o processo, a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo, assim, determinante de suas condutas” (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 60).

É possível, por exemplo, que o material probatório revele para a parte que um determinado fato não ocorreu, ou que não ocorreu da forma como pensava, ou ainda que ele ocorreu da forma como pensava, mas o elemento de prova de que ela dispõe acerca desse fato não é suficiente para demonstrá-lo em sua total dimensão – pense no exemplo da testemunha que a parte supõe conhecer os fatos, mas que, no momento do seu depoimento, revela nada saber, ou revela tê-lo apreendido de outra forma.

Dentro desse contexto, a prova assume uma finalidade sobremaneira importante: serve ela para indicar à parte quais as suas chances de êxito e, por conseguinte, para determinar qual será o seu comportamento no processo ou mesmo antes dele. Se a testemunha é única fonte de prova de que uma parte dispõe para promover a sua demanda, mas o seu testemunho se revela inservível, a parte pode optar por não ajuizar a demanda – se a colheita se deu *antes* da sua deflagração – ou ainda por nela não mais prosseguir. Por outro lado, se o elemento de prova é suficiente para a demonstração de um determinado fato, as partes podem, com base nisso, evitar uma demanda judicial, ou extingui-la por autocomposição.

Flávio Luiz Yarshell diz que “tanto o juiz quanto as partes realizam atividade da valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente”³⁸.

Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se acrescentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa.

8. DESTINATÁRIO DA PROVA

Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir³⁹. Sucede que, tal como vimos no item anterior, a prova não tem por finalidade apenas propiciar o

38. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 68-69.

39. É nesse sentido que já se afirmou ser o juiz o *sujeito passivo* da prova (FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. “El juez frente a la prueba”. *La prueba: libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. Augusto M. Morello (coord.). La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1996, p. 44).

convencimento do juiz, senão também convencer as partes⁴⁰, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele.

Daí a necessidade de concluir que também elas, partes, são destinatárias da prova – e, tal como o juiz, destinatárias *diretas*, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado – pense na hipótese de autocomposição após a realização de perícia em que os fatos que sustentam a demanda ficaram devidamente demonstrados – ou mesmo evitar a judicialização de um conflito⁴¹.

9. OBJETO DA PROVA

9.1. Observação preliminar

Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o *thema probandum*.

A doutrina mais atual, porém, nega essa conclusão. Afirmam que “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”⁴²

Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a “alegação de fato”. Mas a partir de agora, para simplificar a exposição, adotar-se-á a terminologia *fato probando* para referirmos ao objeto da prova.

Qualquer fato pode ser objeto da prova: fatos jurídicos (ex.: contrato) e fatos simples (ex: cor de uma camisa, marca de um pneu); fatos positivos (celebração de um casamento) ou negativos (inexistência de ocorrência policial em nome de determinado sujeito).

9.2. Características do fato probando

O fato probando precisa ser controvertido, relevante e determinado.

-
40. Nesse sentido, YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 68.
 41. Nesse sentido, enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.
 42. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 58. Também assim, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1, p. 142-143.

9.2.1. Controvérsia

Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se reduz à mera aplicação do direito. Fatos incontrovertidos não dependem de prova (art. 374, II e III, CPC).

Independem, ainda, de prova, os fatos intuitivos ou evidentes, assim como independem de prova os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal.

A incontrovérsia não impedirá a produção da prova se: *i)* a lei exigir que o ato se prove por instrumento ou por determinado meio de prova; *ii)* não for admissível confissão a seu respeito; e *iii)* o fato estiver em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. A incontrovérsia, nesses casos, é irrelevante (art. 341, CPC).

9.2.2. Relevância

Devem ser provados apenas os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Os fatos probandos devem ser relevantes ou influentes, isto é, possuir condições de influir na decisão. A razão é bem simples: se o fato não pode influir na decisão, a sua prova é claramente desnecessária – trata-se de aplicação do princípio da eficiência (economia processual)⁴³.

São excluídos da prova os fatos que nenhuma influência podem exercer sobre a decisão da causa (“*frustra probatur quod probatum non relevat*.” São irrelevantes, por exemplo: *a)* fatos que, conquanto de existência possível, são de prova impossível ou proibida, seja por disposição legal (alegados contra presunção *iuris et de iure*), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); *b)* fato cuja ocorrência é física ou juridicamente impossível (*impossibilem allegans no auditur*, não se ouve a quem alega o impossível): provar que um homem está grávido, p. ex.

9.2.3. Determinação

O fato probando deve ser *determinado*; ou seja, apresentado com características suficientes que o distingam de outros que se lhes assemelham. O fato deve ser identificado no tempo e no espaço. Dessa regra resulta que o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova.

9.3. Fatos que independem de prova (art. 374, CPC)

De acordo com o art. 374 do CPC, independem de prova os fatos: *(i)* notórios; *(ii)* afirmados por uma e confessados pela parte contrária; *(iii)* admitidos no

43. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, ob. cit., t. 1, p. 205.

processo como incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Além disso, e embora o artigo não o diga expressamente, independem de prova também, os fatos impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa, como visto.

9.3.1. Fato notório

Segundo Juan Montero Aroca, consideram-se notórios aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial⁴⁴. Para que se possa qualificar um fato como notório, não é necessário que a parte contra quem ele é alegado admita essa sua específica qualidade. O importante é que essa notoriedade se revele segundo a apreciação *do juiz*⁴⁵, de acordo com as regras da experiência.

Os fatos notórios devem apresentar as seguintes características:

a) *relatividade*: a notoriedade é sempre relativa; há fatos conhecidos apenas para os cristãos; há fatos conhecidos apenas em um país; assim, para que seja considerado notório, um fato não precisa ser conhecido por *todas* as pessoas;

b) para ser notório, não precisa ser *necessariamente* conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser: o juiz pode ignorar que a colheita do café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório; dessa forma, pode-se dizer que é notório o fato *conhecido* ou que, de acordo com a cultura média, *poderia* ser conhecido;

c) para ser notório, não se precisa ter com ele uma relação direta: todos sabemos que no dia 11 de setembro de 2001 houve o atentado terrorista no World Trade Center, sem que necessariamente estivéssemos lá.

O fato notório compõe o substrato fático da causa, e deve ser levado em consideração pelo magistrado, no momento de proferir a sua decisão. Como afirma Adroaldo Furtado Fabrício, “cuida-se de *fato da causa* pertencente ao mundo natural (o devedor obrigou-se a pagar quando se concluiu a colheita de milho no lugar do pagamento; o prazo para a conclusão de certa obra é o dia do solstício de inverno) ou cultural (o traje de cerimônia encomendado ao alfaiate deve ser entregue dois dias antes da posse do Presidente eleito da República; o conjunto musical contratado para certo evento obrigou-se a apresentar repertório típico da região)

44. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, ob. cit., p. 63.

45. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., t. 1, p. 219-220. Em sentido diverso, Bentham sugere que se poderia exigir da parte contrária uma declaração de que reconhece o fato como notório. Isto porque, na visão do autor, “la notoriedad en materia judicial, resulta precisamente muy sospechosa” (BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 1, p. 97-98).

cujo conhecimento é suficientemente difundido no círculo social a que pertence o juiz, ou acessível, independentemente de formação especializada, pelo menos aos membros desse mesmo grupo medianamente informados sobre a geografia, a cultura, os costumes, o dia-a-dia da comunidade considerada”⁴⁶.

Uma coisa é a *afirmação do fato*, outra é a *afirmação da sua notoriedade*: a notoriedade também é um fato. A *notoriedade* é fato que pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, caso em que dispensará a prova da veracidade da afirmação do próprio fato que se reputa notório⁴⁷. No entanto, para conhecer de ofício a notoriedade, o juiz deve aplicar o art. 10 do CPC e intimar as partes para que se manifestem sobre o assunto. Além disso, afirmada a notoriedade por uma parte, e tendo silenciado a outra a respeito, o fato *notoriedade* torna-se incontroverso, dispensando a produção da prova.

Não se pode esquecer ainda que, quando a *notoriedade* compõe o substrato fático para incidência da norma jurídica (p. ex., para a caracterização da união estável, exige-se a notoriedade da relação), obviamente a sua prova não pode ser dispensada. Trata-se de caso em que a parte tem o ônus de provar que o fato que alega é *notório*.

9.3.2. Afirmado por uma parte e confessado pela parte adversária ou admitido no processo como incontroverso

Quanto aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, há um equívoco do legislador em dizer que eles independem de prova. Na verdade, a própria confissão, conforme se verá em capítulo próprio, é um meio de prova.

Assim, mais correto seria dizer que, quando confessados, os fatos independem de *outro* meio de prova.

Quanto aos fatos não contestados ou admitidos no processo como incontroversos, eles independem de prova justamente porque sobre eles não paira controvérsia e, como se viu, uma das principais características do fato probando é a de que seja controvertido. Também como se viu no item anterior, há casos, no entanto, em que, mesmo sendo incontroverso, é possível que sobre o fato se opere a atividade probatória.

Os incisos cuidam de situações distintas, com eficácia semelhante: a confissão e a admissão. A distinção entre elas será feita no capítulo sobre confissão.

46. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 4.

47. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 64-65.

Além disso, é possível que haja uma “incontrovérsia consensual sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato”, como expressamente permite o §2º do art. 357 do CPC, hipótese em que o fato é “expulso da atividade probatória”⁴⁸.

9.3.3. Fatos em cujo favor milita presunção legal de existência

9.3.3.1. Conceito de presunção legal

As presunções legais são *regras jurídicas* que impõe que se leve em consideração a ocorrência de determinado fato. Presunções legais são normas jurídicas. Nas palavras de Pontes de Miranda, presunções legais sacrificam o que menos acontece ao que mais acontece, ou porque não se pode saber se ocorreu aquilo ou isso, ou porque se precisa adotar um critério único.

Devem estar previstas expressamente: normalmente a lei se utiliza das expressões “presunção”, “induz”, “entende-se”, “considera-se”. As presunções legais estabelecem como verdade as alegações sobre os fatos presumidos, *tornando a sua prova irrelevante*.

9.3.3.2. Presunções legais absolutas. As ficções jurídicas

Há as presunções legais *absolutas* (“*iuris et de iure*”). São as presunções legais que não admitem prova em contrário. A conclusão extraída pela lei é havida como verdade indisputável. A presunção exauriu todo o elemento probatório.

As presunções *absolutas* existem ou porque se entende maior a probabilidade de que as coisas se hajam passado de certa maneira, ou porque se leva em conta a particular dificuldade que se encontraria em demonstrar que elas assim realmente se passaram⁴⁹⁻⁵⁰.

A presunção absoluta nada tem a ver com a prova. Explica o tema José Carlos Barbosa Moreira: “quando a lei consagra uma presunção absoluta (...) o que na verdade faz é tornar *irrelevante*, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático. Se não existisse a presunção, seria indispensável, para que se produzisse o efeito, o concurso de x, y e z; estabelecendo uma presunção absoluta em relação a z, a lei faz depender

48. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 148.

49. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”, cit., p. 210.

50. Interessante conferir a visão de Sérgio Carlo Covello: “Considerando-se, como já foi visto ao estudarmos a estrutura lógica do instituto, que a presunção expressa uma probabilidade – e por isso mesmo que é presunção – conclui-se, de imediato, que toda presunção é relativa e que as chamadas presunções absolutas não são propriamente presunções em sentido técnico-jurídico, mas disposições legais de ordem imperativa (...)” (COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 31).

a produção do efeito *somente* do concurso de x e y. (...) A rigor, a existência ou inexistência de z fica fora do *thema probandum*, como fora dele fica a prova de todo e qualquer fato irrelevante: no processo, não devem praticar-se atos inúteis”⁵¹.

É preciso distinguir, ainda, as *presunções absolutas* das *ficções jurídicas*: “... enquanto a presunção *iuris et de iure* encontra uma de suas possíveis (e mais frequentes) explicações na grande verossimilhança do fato presumido, a ficção implica, muito ao contrário, não só que o legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a verdade é o oposto, quer dizer, admita que o fato não se haja verificado – para em seguida, apesar disso, determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziriam se o fato fosse verdadeiro. (...) são semelhantes os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente técnico. Em última análise, a distinção tem apenas valor teórico”⁵². AA citação por edital ou por hora certa é um exemplo de ficção: sabe-se que não houve a comunicação pessoal do demandado, mas ela é considerada como ocorrida.

Alguns exemplos de presunção legal absoluta:

- a) presume-se inacessível, para fim de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória; (art. 256, §1º, CPC);
- b) presunção legal absoluta de desconhecimento ou incerteza do local da citação, para fim de citação por edital, quando “infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos” (art. 256, §3º, CPC);
- c) presunção legal absoluta de ciência da decisão proferida no processo, no caso de retirado dos autos do cartório ou da secretaria em carga (art. 272, §6º, CPC).
- c) presunção de conhecimento do terceiro sobre a penhora de imóvel que fora transcrita na matrícula do bem (art. 792, III, CPC);
- d) as causas de impedimento do juiz (art. 144 do CPC) implicam presunção absoluta de parcialidade;
- e) há presunção absoluta de que um cônjuge autorizou o outro a contrair dívidas para a economia doméstica (art. 1.643 do Código Civil);
- f) presunção de existência de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra decisão que contraria enunciado de

51. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”, cit., p. 210-211.

52. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 64-65.

súmula ou jurisprudência dominante do STF, precedente firmado em julgamento de casos repetitivos ou decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei ou tratado (§ 3º do art. 1.035 do CPC).

9.3.3.3. Presunções legais relativas

As presunções legais *relativas* (*condicionais, disputáveis ou “iuris tantum”*) são aquelas em que o fato é considerado como ocorrido, até que haja prova em sentido contrário. Disso “ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato contrário”⁵³.

Alguns exemplos de *presunção relativa*:

- a) a presunção de necessidade que decorre da declaração da pessoa natural de que não pode arcar com as despesas processuais (art. 99, §3º, CPC);
- b) a construção e a plantação feita em um terreno presumem-se, até prova em contrário, feitas pelo proprietário e à sua custa (art. 1.253 do Código Civil);
- c) os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, no regime da participação final nos aquestos (art. 1.674, par. ún., Código Civil);
- d) “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores” (art. 322 do Código Civil);
- e) há presunção de simultaneidade da morte quanto aos indivíduos falecidos numa mesma ocasião (art. 8º, Código Civil) etc.

9.3.3.4. Um caso específico de presunção legal relativa: a recusa da parte a submeter-se a exame genético

9.3.3.4.1. O art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992; o enunciado n. 301 da súmula do STJ

O art. 232 do Código Civil tem a seguinte redação: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 60.

Como se pode notar, esse artigo não estabelece uma presunção legal⁵⁴, pois apenas autoriza o magistrado a tomar a recusa como indício⁵⁵.

O artigo não tem muita utilidade⁵⁶, pois, de nada adianta o legislador “regrar” a presunção judicial, que é raciocínio do juiz⁵⁷, conforme se verá mais à frente. De todo modo, quando o órgão judicial, *ex officio* ou a requerimento do interessado, determinar a realização do exame médico, deve acrescentar, à intimação, a advertência de que a recusa poderá ser tomada como um indício suficiente para que se profira uma decisão que lhe seja desfavorável⁵⁸.

O legislador civil ratificou entendimento jurisprudencial já consolidado à época (STF, HC n. 71.373), que permitia ao magistrado tomar a recusa como indício de que o fato que se queria provar com o exame realmente aconteceu. O entendimento jurisprudencial era correto, pois tornava inútil qualquer discussão sobre a obrigatoriedade de comparecimento da parte para a realização do exame: se não comparecer, o juiz presume e está resolvida a questão⁵⁹.

A Lei n. 12.004/2009 acrescentou o art. 2º-A à Lei n. 8.560/1992.

Esse novo dispositivo cuida da produção de provas na ação de investigação de paternidade. O parágrafo único deste artigo determina que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.” Em homenagem à igualdade, a regra aplica-se, igualmente, a despeito da omissão legislativa, às ações de investigação de *maternidade*.

Trata-se, agora sim, de uma *presunção legal relativa*. A relatividade da presunção constata-se do trecho final do texto normativo, que remete o órgão julgador

54. Considerando que o art. 232 estabelece uma presunção legal, Gagliano, Pablo Stolze, e Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, v. 1, p. 456.

55. Assim, por exemplo, CÔES, Gisele. “O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal?”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 236; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “La negativa de la parte a someterse a una pericia medica (según el nuevo Código Civil Brasileño)”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 224-225.

56. Neste sentido, por não ver no caso uma presunção legal, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 588.

57. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 326.

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “La negativa de la parte a someterse a una pericia medica (según el nuevo Código Civil Brasileño)”, cit., p. 224-225.

59. Mesmo assim, e exatamente porque se trata de uma presunção judicial, é possível que o magistrado entenda que a recusa não é indício suficiente: “Quizá existan otros elementos de convicción en sentido opuesto, bastantes para contrabalancear el peso del indicio en la mente del juzgador. Hasta se puede concebir que el demandado demuestre cabalmente su imposibilidad de ser el padre – su infecundidad en el tiempo de la concepción. Claro está que la presunción no podrá prevalecer en contra de una prueba dotada de incontestable fuerza persuasiva”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “La negativa de la parte a someterse a una pericia medica (según el nuevo Código Civil Brasileño)”, cit., p. 224-225.)

ao exame de todo contexto probatório para a confirmação da presunção, o que seria irrelevante se estivéssemos diante de uma presunção legal absoluta. Assim, é possível afastar a presunção com a prova contrária, como por exemplo, a prova de esterilidade ou de tipo sanguíneo incompatível com o do suposto filho.

Há, então, como se vê, duas regras que cuidam da recusa da parte a submeter-se a exame médico judicial: *a*) uma regra geral, prevista no Código Civil, de pouca utilidade prática, pois refere a presunção judicial que decorre da recusa, vista como indício; *b*) uma regra específica para as ações de investigação de paternidade, que prevê uma presunção legal relativa de paternidade biológica, no caso de haver recusa da parte a submeter-se ao exame de DNA.

Antes da edição da Lei n. 12.004/2009 não havia presunção legal relativa de paternidade para o caso de recusa do suposto pai a submeter-se ao exame. A jurisprudência, porém, via nessa recusa indício para presumir judicialmente a paternidade biológica (seguindo, assim, uma orientação que acabou, como visto, consagrada no Código Civil).

Não obstante isso, o STJ, bem antes da edição desta lei, publicou o enunciado n. 301 da súmula da sua jurisprudência predominante: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”⁶⁰. Esse enunciado tem uma série de problemas: *a*) não está em conformidade com os precedentes do STJ, pois todos cuidam de presunções judiciais, que não podem ser absolutas nem relativas, atributos exclusivos das presunções legais; *b*) ainda assim, não havia, à época da edição do enunciado da súmula, a mencionada presunção legal relativa, não prevista na legislação civil codificada; tanto não existia essa presunção, que houve necessidade de edição de uma nova lei para determiná-la. O enunciado da súmula do STJ estava, portanto, em desconformidade com os próprios precedentes e com o texto do Código Civil, que cuidava da matéria.

9.3.3.4.2. A aplicação das regras nas ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética

É preciso distinguir a *ação de investigação de paternidade/maternidade*, cujo objetivo é o de, após reconhecer o vínculo de filiação, constituir o vínculo jurídico da paternidade/maternidade, da *ação de investigação de ascendência genética*, que

60. Aceitou os nossos argumentos, GÓES, Gisele. “O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal?”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 236. A autora, inclusive, em minucioso estudo, demonstra que todos os precedentes deste julgado dizem respeito a casos em que se aplicava presunção judicial, e não legal.

é aquela em que o demandante quer investigar apenas se o réu é ou não o seu genitor, sem que se estabeleça entre eles o vínculo da filiação.

Sobre o assunto, a lição de Paulo Lôbo:

“O estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao reconhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família e a segunda de direito da personalidade. As normas de regência e os efeitos jurídicos não se confundem nem se interpenetram.

Para garantir a tutela do direito da personalidade não há necessidade de investigar a paternidade. O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida. Não há necessidade de se atribuir a paternidade a alguém para se ter o direito da personalidade de conhecer, por exemplo, os ascendentes biológicos paternos do que foi gerado por dador anônimo de sêmen, ou do que foi adotado, o do que foi concebido por inseminação artificial heteróloga.

(...)

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).⁶¹

É possível, por exemplo, que alguém, filho adotivo, adulterino, afetivo (paternidade afetiva) ou por inseminação artificial heteróloga, tenha a necessidade de investigar a sua ascendência genética, por problemas relacionados à saúde, sem que tenha qualquer pretensão de alterar o seu vínculo jurídico de filiação. Busca-se, tão-só, investigar a ascendência genética.

61. LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 19, p. 151-153.

Não se trata de ação declaratória (não é possível ação declaratória sobre o fato “vínculo genético”). É ação de prestação de fazer: submeter-se o réu a exame genético. Nesta demanda, a presunção judicial é totalmente inservível: de nada adianta o magistrado presumir, pela recusa, que o réu é o ascendente genético do autor. Não se aplica, aqui, o art. 232 do Código Civil.

Também não é caso de aplicação do parágrafo único do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992, pois não se trata de ação de investigação de paternidade e, além disso, do mesmo modo uma presunção, mesmo legal, de nada serviria para o demandante, que só terá o seu direito efetivado após comprovação científica da existência ou não do vínculo genético.

Tendo em vista que a realização do exame genético, atualmente, é muito singela (não é mais necessária, sequer, a retirada de sangue, bastando um pouco de saliva para que se possa fazer a perícia), parece que, neste tipo de processo, é indispensável que o exame genético ocorra, podendo o magistrado, para tanto, determinar as medidas executivas que reputar necessárias (arts. 497, *caput*, e 536, CPC), tal como a expedição de ordem, sob pena de multa, para que o réu se submeta à perícia⁶².

Há, de fato, um conflito entre o direito fundamental à saúde e o direito à intimidade/integridade física. A solução deve ser produzida à luz das peculiaridades do caso concreto, aplicando-se a proporcionalidade. No entanto, há diversos argumentos a favor da prevalência do primeiro sobre segundo: *a*) a proteção do segundo implica a negação do primeiro, o que vai de encontro ao princípio da salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental; *b*) a presunção, judicial (art. 232 do CC) ou legal (art. 2º-A, par. ún., Lei n. 8.560/1992) é técnica inútil e inadequada à tutela do direito fundamental à saúde e à vida; *c*) a singeleza do exame não caracteriza qualquer ofensa à integridade física ou à intimidade do demandado; *d*) a recusa a submeter-se ao exame é, neste caso, abuso de direito, portanto conduta ilícita; *e*) trata-se de interpretação a favor da efetividade de um direito fundamental que, de outro modo, não poderia ser adequadamente protegido judicialmente.

9.4. Prova da fonte normativa (“prova do Direito”)

Ninguém pode escusar-se a cumprir a lei sob a alegação de ignorá-la (*nemo ius ignorare censetur*), de acordo com o art. 3º da LINDB. Não pode o juiz, da mesma forma, se eximir de julgar, ao fundamento de que desconhece a lei aplicável, ou por ela ser omissa, obscura ou indecisa (art. 140, CPC).

62. Assim, por exemplo, MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *A prova do fato jurídico no Código Civil: subsídios para análise dos artigos 230, 231 e 232*. Monografia apresentada para a conclusão do curso de bacharelado em Direito na Universidade Salvador. Salvador, 2005, p. 98-100.

As fontes de direito independem de prova (*iura novit curia*). O fato da existência do Direito objetivo não pode ser ignorado, notadamente pelo juiz. Não há necessidade de provar o texto de uma lei ou da Constituição.

Excepciona-se essa regra quando a parte invocar Direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376, CPC), e o juiz, desconhecendo a existência desses enunciados normativos, determinar a produção da prova. A prova recairá sobre o teor e a vigência da Direito invocado. O ônus da prova é de quem o alega.

Há importante precedente do STJ sobre a prova do costume e o seu papel como fonte de Direito.

Nos autos do REsp n. 877.074/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andri-ghi, a 3ª T. reconheceu, por unanimidade, o costume documentado e não-documentado (provado por oitiva de testemunhas), como fonte de direito, considerando, em sede de *obiter dictum*, a possibilidade de costume *contra legem* como fonte de direito.

Tratava-se de ação proposta por empresa contratada para prestação de serviços de transporte rodoviário de carga agrícola, com pedido de condenação da empresa contratante ao pagamento de indenização devida em razão de despesas realizadas com “sobrestadias” pagas aos seus motoristas, pelo tempo a mais de permanência que se fez necessário para descarga no porto de entrega, obrigação esta que lhe seria imputada por costume comercial, a ser demonstrado com prova testemunhal. Esgotadas as instâncias ordinárias, a parte adversa interpôs recurso especial alegando que o dito costume não existiria por não estar consolidado em regulamento ou instrumento similar, bem assim que seria *contra legem*, na medida em que os riscos do transporte recaem sobre o transportador contratado, não tendo havido culpa ou dolo da contratante.

Diante dessa controvérsia, a 3ª Turma do STJ registrou que a Lei n. 8934/1994 (art. 8º, VI) confere competência às juntas comerciais, na condição de integrantes do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis, documentando-as. Entendeu que, em havendo o referido assento, seria prova documental “plena” do costume, que dispensaria qualquer intenção probatória adicional (o que se disse com inspiração no art. 218 do Regulamento n. 737/1850). Mas que nem sempre existiria este assentamento, que não pode ser considerado condição de defesa dos direitos da parte desprezando-se “o lento processo de desenvolvimento social da norma consuetudinária que é a ela inerente”. E, na ausência dessa prova documental, deve ser admitida a prova testemunhal, tomando-se depoimento de comerciantes conceituados e, no caso, representantes comerciais das duas partes. Por fim, em sede do que parece ser um *obiter dictum*, o julgado define

não é possível afirmar “peremptoriamente e sem maiores aprimoramentos, a invalidade apriorística de todo e qualquer costume em face de qualquer dispositivo da Lei Civil, ainda que remotamente aplicável à espécie”. Admite, assim, *en passant*, a possibilidade de costume que divirja da lei (*contra legem*), embora sem solucionar a controvérsia em torno da matéria no caso (STJ, 3ª T. REsp n. 877.074/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 12.05.2009, publicado no DJe de 17.08.2009).

9.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro

A prova de fato ocorrido no estrangeiro é regida pela lei de naquele Estado vigorar, quanto ao ônus e aos meios de se produzir, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça (art. 13, LINDB).

Esse dispositivo legal merece leitura crítica, afinal nosso sistema admite provas atípicas e, portanto, que “a lei brasileira desconheça”. Na verdade, só não serão aceitáveis as provas que “a lei brasileira desconheça” (atípicas) quando obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, CF, e art. 369, CPC).

10. REGRAS DA EXPERIÊNCIA, INDÍCIOS E PRESUNÇÕES

10.1. As regras da experiência

10.1.1. Generalidades

Regras (ou máximas) da experiência 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. As máximas da experiência possuem as características da generalidade e abstração⁶³.

As regras da experiência são “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros novos casos”⁶⁴

O juiz, como homem culto, no decidir e aplicar o Direito, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. *Temas de direito processual – segunda série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

64. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2 ed. Andrés de La Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1988, p. 27.

rudimentares. Segundo Friedrich Stein, essas noções são chamadas de máximas da experiência; juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média⁶⁵.

As máximas da experiência são, enfim, o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece; podem ser formuladas em abstrato por todo aquele de nível mental médio.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis trata expressamente das chamadas “regras da experiência”, autorizando o magistrado a levá-las em consideração no momento da apreciação das provas (art. 5º, Lei n. 9.099/1995). O CPC as prevê no art. 375, que se inspirou no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano⁶⁶.

O juiz pode aplicar as regras da experiência *ex officio*; a aplicação das regras da experiência pode ocorrer em qualquer fase do processo. No entanto, para aplicá-las de ofício, o juiz deve observar o art. 10 do CPC e intimar as partes para que se manifestem sobre o assunto.

Seguem alguns exemplos de máximas da experiência: a) em águas estagnadas, em regiões tropicais, proliferam mosquitos; b) as praias são mais frequentadas aos fins de semana; c) a lei da gravidade é uma regra da experiência; d) azul e amarelo quando se misturam resultam em verde etc.

“Sob a etiqueta de ‘regras de experiência’, na verdade, costumam reunir-se proposições muito diversas. Tamanha é a diversidade, que se torna difícil estabelecer uma tipologia abrangente. Costumam ser enfiadas *pêle-mêle* nesse escaninho desde proposições que têm sólido fundamento científico (o calor dilata os corpos metálicos; a água corre naturalmente do plano superior para o inferior; a gestação do ser humano dura em média 267 dias) ou que expressam um dos chamados princípios fundamentais da razão especulativa (nada pode ser e não ser ao mesmo tempo; tudo que acontece tem uma causa), até simples juízos mais ou menos generalizados em certos meios, com apoio no denominado ‘senso comum’, ou a rigor em meros preconceitos sem base empírica (as pessoas desta ou daquela nacionalidade ou etnia têm maior propensão para envolver-se em negócios ilícitos; as testemunhas do sexo masculino merecem mais crédito que as do sexo feminino). Ao longo desse amplo espectro acham lugar verdades matemáticas (a soma dos ângulos internos do

65. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2 ed. Andrés de La Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1988.

66. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 5; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano”. *Temas de Direito Processual – quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 195; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 30; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/d, v. 4, t. 1, p. 114.

triângulo é igual a 180°), sentenças relativas às artes (o movimento impressionista teve início na segunda metade do século XIX), a atividades profissionais (os militares em serviço vestem uniforme), a costumes negociais (ninguém exige recibo do pagamento da passagem de ônibus), sociais (o uso da gravata é obrigatório para os homens em cerimônias oficiais), religiosos (os muçulmanos não comem carne suína), culturais (a linguagem empregada em ocasiões informais é menos atenta que a de trabalhos acadêmicos às regras gramaticais), ou observáveis no cotidiano ‘ordinário’ (a frequência às praias da Zona Sul do Rio de Janeiro aumenta muito nas manhãs ensolaradas dos domingos de verão)⁶⁷.

10.1.2. *Espécies de regras da experiência*

O art. 375 do CPC está assim redigido: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

Convém tecer algumas considerações.

Distinguem-se as regras da experiência *comum*, induzidas a partir da observação do cotidiano (p. ex: em determinado local da cidade, a partir de determinado horário, há engarrafamentos constantes), de regras da experiência *técnica*, que são conhecimentos técnicos de acesso generalizado (“vulgarizados”), como, por exemplo, o período de gestação da mulher e a *lei da gravidade*.

As *regras da experiência técnicas* devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou “apanágio de especialistas”⁶⁸, que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em engenharia, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia.

Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial.

10.1.3. *Distinção entre regra da experiência e fato notório*

Distinguem-se as regras da experiência dos fatos notórios. Os fatos notórios são *fatos* que ocorreram e a cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz⁶⁹. Regra

67. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”, cit., p. 210-218.

68. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 341.

69. Moreira, José Carlos Barbosa. “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, cit., p. 62.

da experiência não é um fato: é uma hipótese construída por indução a partir da observação do que normalmente acontece.

Regra da experiência e fato notório compõem, porém, um gênero: o “saber privado do juiz”⁷⁰.

10.1.4. Funções da regra da experiência

As regras da experiência exercem as seguintes funções no processo:

a) *apuração dos fatos*, a partir dos indícios, autorizando que o juiz elabore as presunções judiciais – assunto que será examinado nos próximos itens;

b) *valoração da prova*, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo);

c) *aplicação dos enunciados normativos*, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (perigo de dano, por exemplo⁷¹);

d) *limite ao convencimento do juiz*: o magistrado não pode apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência.

10.2. Indícios e presunções judiciais

10.2.1. Indícios

Um fato conhecido, como causa ou efeito de outro, está a indicar este outro, de algum modo. Dada a existência deste fato conhecido, certo é que outro existiu ou existe, com grandes chances de este fato desconhecido ser o que se pretende conhecer e provar. É importante registrar: o conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de outro fato⁷².

70. STEIN, Friedrich. “El conocimiento privado del juez”. 2 ed. Andrés de La Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1988; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 4.

71. “É óbvio que o legislador, ao redigir normas, não emprega unicamente palavras e expressões de cunho técnico-jurídico, nem se preocupa em definir todas as noções de que se serve. Ele espera ser entendido na medida em que confia na existência de um acervo de conhecimentos comum à generalidade das pessoas que terão de lidar com as normas: ao falar, por exemplo, em ‘preço’, em ‘consentimento’, em ‘animal’, em ‘edifício’, parte do pressuposto de que são geralmente conhecidos, e por isso dispensam explicação, os conceitos expressos em tais vocábulos; apenas quando pretende atribuir-lhes, para fins específicos, significação mais ampla ou mais restrita do que a vulgar, é que cuida de lançar definições.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, cit., p. 64).

72. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 507.

Indício é, exatamente, este fato *conhecido*, que, por via de raciocínio, sugere o fato *desconhecido* (fato probando), do qual é causa ou efeito.⁷³ “É o fato ou parte de fato certo, que se liga a outro fato que se tem de provar, ou a fato que, provado, dá ao indício valor relevante na convicção do juiz, como homem”.⁷⁴

Perceba que, por si só, o indício não tem qualquer valor. No entanto, como causa ou efeito de outro fato, suscita o indício uma operação por via da qual poder-se-á chegar ao conhecimento desse outro. “O indício ‘indica’, portanto liga-se ao étimo de ‘dedo’”⁷⁵.

O art. 239 do Código de Processo Penal fornece o conceito legal de indício, que é bem adequado: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

É a “marca de batom” no colarinho, a indicar a traição; a “marca da borracha de pneu no asfalto”, a apontar a freada brusca; “a gagueira” no depoimento, a indicar a sua insinceridade; a “morte do filho”, a indicar o sofrimento dos pais; a “cicatriz no rosto da modelo”, a apontar o sofrimento moral; a “movimentação para instalação de acampamento”, a indicar futuro esbulho etc.

O indício pode aparecer em qualquer lugar: “pode estar na prova testemunhal, no documento, na coisa, na confissão extrajudicial, na carta, no próprio sorriso da parte ou da testemunha. O chamado começo de prova por escrito é indício. É o indício que autoriza o juiz a ouvir as pessoas referidas.”⁷⁶

A prova indiciária (prova por indício) é meio útil para a prova de fatos de difícil verificação ou ocorrência, bem como para a prova de fatos futuros, como no caso das demandas preventivas.

10.2.2. A relação entre os indícios, as regras da experiência e as presunções

Presunção é a conclusão de um raciocínio silogístico: toma-se (presume-se) por ocorrido um fato a partir da prova de outro. “Presumir, *prae, sumere*, é ter por *sido* alguma coisa, antes de ser provada, de ser percebida. Antes de se sentir, de se perceber, põe-se a existência da coisa. (...) Tudo se passa no pensamento como atitude subjetiva; e não no real”⁷⁷.

73. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 56-57.

74. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 324.

75. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, cit., p. 324.

76. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, cit., p. 324.

77. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, cit., p. 322.

A presunção não é meio nem fonte de prova.

Trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, no caso das presunções *judiciais*, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (*presunções legais*).

As presunções legais são regras jurídicas que o juiz deve aplicar e a sua função no direito probatório está relacionada com a dispensa da prova do fato presumido. Elas são examinadas no item dedicado ao estudo do objeto da prova.

As presunções judiciais são resultado do raciocínio do juiz e o juiz as revela na decisão, como fruto da valoração das provas. Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar.

Nada obstante isso, o art. 212 do Código Civil refere-se à presunção como meio de prova. Há erro técnico evidente no texto legislativo.

“À presunção judicial é que jamais se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, porque o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de outro fato. Não se observa, aqui, a função ambivalente do indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, e basta”⁷⁸.

“Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova, ao menos no sentido que se dá a semelhante locução quando se afirma que é meio de prova, v. g., um documento ou o depoimento de uma testemunha. O processo mental que, a partir da afirmação do fato x, permite ao juiz concluir pela afirmação também do fato y, não se afigura assimilável à atividade de instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial. Quando o juiz passa da premissa à conclusão, através do raciocínio, ‘se ocorreu x, deve ter ocorrido y, nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente”⁷⁹.

O indício é o meio de prova: a partir do indício se chega a presunção da ocorrência de determinado fato. Por isso se fala em *prova indiciária*⁸⁰.

78. Moreira, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, p. 59. Também neste sentido, Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 316.

79. Moreira, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, cit., p. 57. Cf., também, a lição de GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 14, t. 1, p. 409; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 5, cit., p. 325-326.

80. Pode-se usar a expressão de Carnelutti, que se referia a fonte de presunção (na verdade, indício; exatamente o que quer dizer o Código Civil): “...e chamam fontes de presunção os fatos que servem para a dedução do

Assim, se se quiser salvar a redação do art. 212 do Código Civil, pode-se dizer que o legislador autorizou expressamente a *prova indiciária*.

Quando o legislador se refere à presunção, na verdade está a referir-se ao indício. Confunde-se indício com presunção, aliás como fazia o direito canônico⁸¹ – é vício legislativo secular. A razão é simples. Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (aditem prova em contrário; presunções legais relativas) ou que tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas). Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar⁸². “Se, para transformarmos as presunções em meios de prova, ou em motivos de prova, chamamos presunções aos fatos de que se tiram as presunções, então trocamos o subjetivo em objetivo, o que é lamentável em direito e em qualquer ciência: os dados são indícios. Confundir indícios e presunções é retomar no que tanto se exprobrara ao direito canônico”⁸³.

Mas o indício, além de meio de prova, é, também, objeto de prova. O indício é fato que precisa ser provado – somente após a prova do indício é que se autoriza a presunção judicial.

“O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. (...) Em todo caso, se se quiser dar à expressão meios de prova sentido amplo, a abranger todos os elementos que desempenham, no descobrimento da verdade pelo juiz, papel instrumental, não haverá maior inconveniente em catalogar entre aqueles meios o indício, desde que não se perca de vista a diferença notável que existe entre a maneira por que funciona esse e a maneira por que funcionam os instrumentos”.⁸⁴

fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste”. (*Prova civil*. 2ª ed. Bookseller: Campinas, 2002, p. 120).

81. Conferir, a propósito, lúcida crítica de Pontes de Miranda ao art. 136 do CC-1916, que fora praticamente reproduzido pelo Código Civil. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 326.)
82. A diferença entre presunção legal e presunção judicial está exatamente na circunstância de que a correlação entre o indício e o fato probando (o fato conhecido e o desconhecido) é feita pelo legislador, na primeira, e deixada ao órgão judicial, na segunda. (MOREIRA. José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, cit., p. 60). Ver, também, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 5, p. 416 e segs.
83. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 5, p. 326.
84. Moreira, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, cit., p. 59.

A presunção judicial é a conclusão de um silogismo, cuja premissa maior é uma regra da experiência e a premissa menor, o indício. É a relação, verificável pelas regras da experiência, entre o indício (fato conhecido) e o fato probando (fato desconhecido) que autoriza a presunção judicial.

Essa relação pode dar-se de duas formas:

a) *constante*: o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares. Ex.: todos os homens são mortais; João é homem, logo, mortal. A relação entre os fatos é regida por uma lei natural, sendo impossível que as coisas ocorram de maneira diferente

b) *ordinária*: o que se apresenta como verdadeiro em quase todos os casos particulares. Aqui, há verossimilhança. 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. A “marca de batom” mantém com a “traição” uma relação ordinária, não constante.

10.2.3. Presunções judiciais (simples, comuns ou “hominis”)

A presunção judicial resulta do raciocínio do juiz, que a estabelece. Forma-se na consciência do juiz: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio, a partir da regra da experiência, e estabelece a presunção.

Há necessidade de o indício (fato-base) estar provado: “...a sistemática de ‘produção’ das presunções em juízo não difere, em nada, da produção de qualquer prova: será necessário produzir-se uma prova, com a ressalva de que essa prova não incidirá sobre os fatos da causa, mas sobre fato externo a esta, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico.”⁸⁵

Amaral Santos pontua que a importância das presunções simples se apresenta quando se pretende provar estados do espírito – a ciência ou a ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc.– e especialmente as intenções, nem sempre claras e não raramente suspeitas. Este processo mental é desenvolvido pelo magistrado, sem qualquer intervenção do legislador. “As presunções simples, por sua própria natureza, valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz. Mais do que qualquer outra prova, não são suscetíveis de regras legais que meçam ou avaliem a sua eficácia. Resultado do raciocínio do juiz, a este e a mais ninguém cabe estimá-las e conforme o seu poder de convencer tal o valor que o juiz lhes conferirá”⁸⁶.

85. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 316.

86. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 5, p. 421.

Muito dificilmente haverá uma decisão em que o juiz não elabore ao menos uma presunção judicial. A própria valoração da prova é feita a partir de presunções: dá-se mais relevância a um testemunho do que outro, normalmente porque uma testemunha comportou-se, de acordo com as regras da experiência, de uma maneira a que se possa atribuir ao seu depoimento mais credibilidade.

Presunções judiciais não se dividem em *relativas* e *absolutas*⁸⁷. Presunções judiciais são ou não feitas pelo juiz, sem variações.

10.2.4. A prova *prima facie*

Costuma-se dizer que as regras da experiência geram a chamada prova *prima facie*.

Lado a lado com as presunções, construiu-se, na Alemanha, no início do século XX, a noção das provas *prima facie*⁸⁸. Foram elas absorvidas pela legislação processual alemã, o que terminou por repercutir na Itália e, por conseguinte, no Brasil.

A prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência⁸⁹.

87. Assim, por exemplo, LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. D. Enrique Aguilera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1911, v. 4, p. 110-111; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 367; NONATO. Orosimbo. "Presunções e ficções de direito". *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Carvalho Santos (org.). Rio de Janeiro: Borsoi, s/d., v. 39, p. 130-139; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "As presunções e a prova". *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis, 2002, t. 2, p. 677-678; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las Presunciones Judiciales y los Indicios*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2006, p. 16; COVELLO, Sergio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 29-31; MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez de. *La Prueba por Presunciones: particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, 2007, p. 33-39; DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Communitas, 2009, p. 590; ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 109-126 (reprodução do verbete "Presunzioni", publicado no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 13, 1966); COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004, p. 472-476; TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán (trad.). Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 152-153; GARNELÓ, Jesús Martínez. *La Prueba Indiciaria Presuncional o Circunstancial en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Ciudad de México: Porrúa, 2010, p. 557-558; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 4, p. 277-279; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 294; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Presunções e ficções no direito probatório". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 196, p. 16.

88. Item desenvolvido com base na obra de Moacyr Amaral Santos (*Prova Judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v.5, p. 429 e seguintes) que, por sua vez, foi baseado na monografia do italiano Pistolesse sobre presunções e máximas de experiência, que muito influenciou o pensamento jurídico brasileiro.

89. Leo Rosenberg evidencia que a prova *prima facie* se aplica "en los casos em que se há comprobado um estado de cosas, el que según la experiencia de la vida indica la existencia de una causa determinada o de una culpa" (*La carga de la prueba*. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 217).

“A aparência da verdade, ‘a verossimilhança dos fatos alegados’ se apresenta ao juiz, quando os submete em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. Pelo que o julgador infere das máximas de experiência, a verossimilhança dos fatos é de tal ordem que os considera *prima facie* provados”.⁹⁰

Parte-se da ideia de que alguns setores da experiência produzem com certa regularidade eventos típicos que, considerados à luz das máximas da experiência, permitem extrair conclusões acerca do fato que se queira provar; surgiria a “aparência” do fato, que permite inverter o ônus da prova, atribuindo à outra parte demonstrar o contrário. A doutrina alemã utiliza essa noção para a prova de questões de fato relacionadas à responsabilidade civil⁹¹.

A base do instituto é a seguinte: a normalidade de alguns acontecimentos (eventos típicos) faz com que a experiência considere irrelevantes as circunstâncias concretas do caso, cabendo à parte unicamente provar a existência desse evento típico, dispensando a prova das peculiaridades da situação específica⁹².

A prova *prima facie* é uma presunção judicial. Enquanto na presunção judicial *comum*, como já visto, o juiz se pauta na existência de um indício – na ocorrência de um fato indiciário conhecido e provado –, para concluir pela ocorrência do fato desconhecido (não provado), na prova *prima facie* o juiz calca-se nas regras de experiência, para se convencer da ocorrência do fato desconhecido (não provado).

Enfim, extremam-se pelo seu ponto de partida (sua fonte): na presunção, é o indício; na prova *prima facie*, a pura regra de experiência⁹³⁻⁹⁴.

Há quem não vislumbre diferença entre presunção judicial comum e prova *prima facie*. Entende-se que na prova de primeira aparência o raciocínio do juiz sempre se baseia, em *ultima ratio*, em um fato indiciário conhecido e provado. Por exemplo, para que se possa, por prova *prima facie* (por verossimilhança), presumir culpa de um construtor, seria necessário que a vítima do dano demonstrasse, em juízo, diversos fatos, todos de cunho indiciário: a) que foi atingida por um tijolo; b) tijolo este que caiu de obra em andamento; c) o que teria ocorrido quando

90. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 441.

91. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 513.

92. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 515.

93. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 5, cit., p. 432. Concorda ROSITO, Francisco. *Direito Probatório: As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p.114.

94. E admiti-la “não significa ser conivente com o arbítrio, pois deverá o juiz fundamentar sua decisão explicitando as razões que fundamentam a adoção de determinada máxima de experiência (possibilidade de controle), analisando, sempre, as provas produzidas em sentido contrário” (BAGGIO, Lucas Pereira. “O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência”. In: Danilo Knijnik. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 196).

transitava pela rua. Assim, a presunção judicial e a prova *prima facie* seriam o mesmo fenômeno, analisado sob diferentes perspectivas.⁹⁵

De todo modo, é muito utilizada nas ações de indenização em que há grande dificuldade do autor em provar o nexo causal entre evento danoso e culpabilidade do ofensor, malgrado a experiência da vida deixe evidente que esta (a culpa) recai sobre o réu/ofensor. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito cai em um poço descoberto situado em terreno pertencente ao outro. Os princípios práticos e regras de experiência ressoam que a culpa pelo acidente é do dono da área, vez que não foi diligente o bastante para manter o poço sempre coberto, ou um aviso visível de seu perigo⁹⁶.

Exemplo corrente é a presunção de ocorrência de danos morais no caso de inserção indevida do nome da pessoa em cadastro de proteção ao crédito: provada a inscrição injusta em arquivo de consumo, conclui-se que, certamente, teve por efeito o fato de o sujeito negativado ter experimentado danos anímicos – a partir de regras de experiência, com base naquilo que ordinariamente acontece. A comprovação do evento típico (inscrição na Serasa, p. ex.), é o bastante para chegar-se à existência de nexo causal e dano (v., p. ex., STJ, 4ª T., AgRg no AREsp n. 288.347/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 23.04.2013, publicado no DJe de 26.04.2013).

Michelle Taruffo não vê muita utilidade neste conceito, que reputa muito problemático e ambíguo, o que o torna de difícil aplicação na prática, limitando o seu emprego à cultura alemã. Afirma que não está clara a natureza da aparência do fato que deriva das circunstâncias típicas pela utilização das máximas da experiência⁹⁷.

10.2.5. Prova por amostragem

A prova por amostragem, que pode ser considerada uma variante da chamada prova por estatística, é aquela por meio da qual se demonstra uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles. Isso porque, como consta no *Manual for Complex Litigation*, uma publicação oficial do Poder Judiciário norte-americano, métodos estatísticos podem normalmente estimar, com determinado nível de segurança, as características da “população” ou “universo” de eventos, transações, atitudes ou opiniões, por meio da observação das características em um segmento pequeno ou simples da população.⁹⁸

95. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385 e 386.

96. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. 5, cit., p. 430.

97. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 514.

98. *Manual for Complex Litigation*, Fourth, § 11.493, p. 102 (Disponível em <https://public.resource.org/scrribd/8763868.pdf>, consultado em 04.03.2012, 08h).

A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados, porque semelhantes, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto de fatos conduz à conclusão da existência acerca de todos os fatos que compõem esse mesmo conjunto.

Como exemplo, podemos citar a conclusão a que se chega, após o exame de um número adequado de amostras, de que determinada peça de um veículo apresenta inadequado funcionamento, o que pode ensejar a concessão de tutela para que a montadora seja compelida a fazer um *recall* de todo o lote ou de toda a frota.

A prova por amostragem relaciona-se com a prova indiciária.

Na prova indiciária, o indício não é o fato probando principal – embora se tenha de prova o indício, o objeto principal da prova é o fato que o indício aponta; o fato ao qual se liga o indício. O indício é o fato conhecido que, por via de raciocínio, sugere a existência/inexistência do fato probando principal. Entre o indício e o fato probando principal há uma relação lógica de causalidade, que autoriza a atividade do juiz (presunção judicial) de concluir existente o fato probando principal. Na prova indiciária, há uma relação lógica entre o fato conhecido (indício) e o fato que se quer provar. Essa relação permite que se faça um silogismo, conforme visto.

Na prova por amostragem, os fatos provados são também fatos probandos – servem como indícios –, mas, por meio da sua prova, pretende seja realizado juízo acerca da existência de todos os fatos pertencentes ao conjunto. A prova dos fatos da “amostragem” autoriza a presunção acerca dos fatos que não compõem a “amostragem”. Nesse sentido, caso se realize a atividade da presunção, nenhum dos fatos que compõem o conjunto pode ser considerado não provado, pois seria ilógico. Todos os fatos pertencem ao conjunto justamente porque existe relação de forma constante ou ordinária entre eles. Por meio da prova de determinados elementos, surge a presunção acerca de todos eles, considerados em sua universalidade.

A relação de conteúdo/continência também permite que se faça um silogismo, no qual também ganham relevância as máximas de experiência, para que se constate a existência da relação entre os fatos componentes do conjunto.

Premissa maior: máxima da experiência, noção que reflete 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 outras – possuem as características da generalidade e abstração.⁹⁹

99. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de direito processual – segunda série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

Premissa menor: a relação entre fatos para que sejam tidos como componentes de um conjunto. A relação entre eles será também de constância ou ordinariiedade, justificando a formação, na lógica do pensamento, do conjunto. Com o auxílio da experiência, pode-se concluir que todos aqueles fatos são componentes do conjunto. Após esta conclusão, dado que uma série de fatos do conjunto exista – e aqui a experiência atua mais uma vez –, conclui-se que todos eles existem. É a presunção.

Correta, portanto, a observação que a *prova por amostragem* possui dupla natureza: prova direta dos fatos que integram a amostra e prova indireta (indiciária) dos fatos que a extrapolam.¹⁰⁰

O raciocínio só será legítimo se os métodos de amostragem forem utilizados de acordo com os padrões gerais de estatística, como se depreende do *Manual for Complex Litigation*. São fatores relevantes que devem ser levados em consideração: (i) se a “população” foi propriamente escolhida e definida; (ii) se a amostragem escolhida foi representativa da população; (iii) se os dados reunidos foram cuidadosamente relatados; e (iv) se os dados foram analisados de acordo com os princípios de estatística aceitáveis.¹⁰¹

As normas da estatística são, aqui, meios ao alcance da “confiabilidade” da conclusão da atividade da presunção. Michelle Taruffo trata das funções dos “conhecimentos científicos” quando se refere ao juízo prognóstico de fatos futuros. Suas lições aplicam-se, *mutadis mutandis*, ao que ora se chama de “prova por amostragem”, para considerar que os esquemas “probabilísticos” são adaptados para munir o juiz de estruturas lógicas validamente utilizáveis, atribuindo um grau considerável de confiabilidade e probabilidade de suas previsões¹⁰², aqui com relação aos fatos não diretamente provados.

Na prova por amostragem, exige-se, pois, que o conjunto seja definido para que os seus elementos guardem relação de constância ou ordinariiedade. Demais disso, os fatos constantes da amostragem devem ser significativos para que, no segundo momento de atuação da experiência, se possa realizar a presunção com relação ao todo.

A prova por amostragem/estatística pode ser muito útil no processo. Técnicas aceitáveis de amostragem podem economizar tempo e reduzir custos e, em alguns casos, promover a única forma viável de coletar e apresentar um dado relevante – diminui-se o objeto da prova: em vez da apresentação de volumosos dados de toda população, apresentam-se dados de apenas parte desta população.¹⁰³ A prova

100. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ónus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222, p. 162.

101. Manual for Complex Litigation, Fourth, § 11.493, p. 102/103.

102. TARUFFO, Michele. *Sobre as fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Themis, 2006, p. 314-315.

103. Manual for Complex Litigation, Fourth, § 11.493, p. 102/103.

por amostragem atende, pois, ao princípio da eficiência e, em alguns casos, é uma saída para que se evite a existência de prova diabólica.

Interessante exemplo nos trazem Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis. Eles relatam uma ação judicial que tramitou nos Estados Unidos: “Nesta acção, cujos contornos exactos aqui podem ser omitidos, havia que provar a confundibilidade entre marcas, a fim de obter uma decisão de procedência quanto à inibição de uso de uma segunda marca. O tribunal poderia ter optado por concretizar o tipo-padrão de consumidor. Mas o elemento probatório que veio a verificar-se determinante foi um estudo de opinião realizado junto a 3.500 compradores adultos, em trinta e cinco zonas comerciais espalhadas pelos Estados Unidos. Este estudo permitiu concluir que uma determinada percentagem de consumidores reais e concretos confundia as duas marcas”¹⁰⁴.

A ausência de previsão expressa em nosso direito processual não significa que não se admita a prova por amostragem no processo. Os fatos podem ser evidenciados por qualquer meio de prova, ainda que não previsto na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 369, CPC). Assim, ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

A prova por amostragem é outro exemplo de prova atípica.¹⁰⁵ A ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam o direito probatório, sobretudo o princípio do contraditório¹⁰⁶.

11. PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

Em sentido amplo, compreende-se por instrução da causa o preparo dos elementos necessários para que se profira uma decisão. Abrange, por isso, a fase *postulatória*, quando se expõem os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e

104. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*, cit., p. 163.

105. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 103.556, reconheceu o cabimento da prova pericial por amostragem em máquinas caça-níqueis, considerando, inclusive, que seria impossível a perícia em todas elas, já que algumas já se encontram deterioradas. (STJ, 5ª T., HC n. 103.556/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24.06.2008, publicado no DJe de 18.08.2008). Em outro precedente, foram apreendidos 150 CD’s, tendo sido analisados 10 por amostragem, todos reconhecidos como falsos: “No caso em tela, a materialidade do crime restou amplamente demonstrada, uma vez que foram apreendidos cerca de 147 (cento e quarenta e sete) CDs e DVDs, tendo, por amostragem, sido realizada perícia em 10 (dez) das referidas mídias, atestando-se a falsificação das mesmas”. (STJ, 5ª T., HC n. 197.783/SP, Rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora Convocada), j. em 23.04.2013, publicado no DJe de 26.04.2013).

106. Sobre um caso de prova por amostragem em processo administrativo tributário, DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Processo administrativo tributário. Prova por amostragem e distribuição dinâmica do ônus da prova”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2012, v. 81, p. 219-238.

da defesa, a *fase de saneamento*, em que se fixam as controvérsias, e a fase *probatória em si*.

Em sentido restrito, considera-se instrução da causa, tão somente, a *fase probatória*, também chamada de instrução probatória. Seria uma fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos probandos, aparelhando-se o processo com os elementos suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*.

Conclui-se, assim, que a *instrução em sentido amplo* perpassa pelas fases postulatória, saneadora e probatória, sendo, esta última (probatória), a *instrução em sentido estrito*.

O procedimento probatório costuma ser dividido em quatro fases: proposição, admissão, produção e valoração da prova. As três primeiras fases são processuais – ocorrem no processo; a valoração dá-se na decisão. Normas sobre os momentos da proposição e da admissão e normas sobre a produção são processuais; normas sobre a admissibilidade (aptidão para a prova provar determinado fato) e a valoração da prova são normas de julgamento.

A *fase de proposição* consiste no requerimento, formulado pela parte, de utilização de um meio específico de prova para demonstrar uma afirmação de fato. É ato da parte.

Requeridas as provas, o juiz deverá resolver sobre a sua admissibilidade, na chamada *fase de admissão*, quando passarão as provas por um juízo de avaliação preventiva de sua necessidade, utilidade e cabimento.

É possível que, independentemente de proposição das partes, o juiz, de ofício, determine a produção de determinada prova, por considerá-la necessária, útil e cabível (admissível) – o tema será examinado mais à frente. Nesse caso, as fases de *proposição* e *admissão* são substituídas – ou complementadas – por um momento de *ordenação oficial* das provas.

Parte-se, então, para a *fase de produção* das provas. A produção de dada prova é o procedimento pelo qual se concretiza o meio de prova: juntada do documento, realização da perícia ou inspeção judicial, tomada de depoimento etc.

A audiência de instrução e julgamento é o momento procedimental típico para a coleta das provas orais. A prova documental, no entanto, produz-se, de regra, com o ato postulatório inicial.

No mais, produzidas todas as provas, pode o juiz, insatisfeito com o material probatório recolhido, converter o feito em diligência, de ofício, determinando a realização de novas provas. Seria outro momento possível de *ordenação oficial* de provas.

Por fim, a *valoração das provas* produzidas será feita na decisão, quando o órgão julgador demonstrará que papel teve a prova na formação do seu convencimento.

12. NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVA

A grande variedade de teorias sobre a natureza da prova é muito bem exposta por Hermenegildo Rego; das teorias mais correntes (materialistas, processualistas e mistas) àquelas mais isoladas (que incluem a prova na teoria geral do direito ou a tomam como *tertium genus*, por exemplo)¹⁰⁷.

Interessa aqui analisar, brevemente, aquelas mais difundidas: a materialista e a processualista.

A visão *processualista* é aquela que conta com maior número de adeptos¹⁰⁸. Enxerga as normas sobre prova como normas processuais basicamente por se destinarem à formação da convicção do juiz.

Embora aceitem que possa ser usada fora do processo para fins particulares e para documentar e dar certeza aos direitos e seu gozo, a prova só assumiria real relevância no processo. Chega-se a dizer que “a utilidade das provas fora do processo é dada apenas por um cálculo antecipado (uma *dedução*) do emprego delas num futuro possível e assim da presumida eficácia que se possa esperar delas; é portanto uma utilidade de fato, não jurídica”¹⁰⁹.

Aqueles que adotam essa visão processualista só consideram material, na melhor das hipóteses, norma que trate da forma de dado ato jurídico, da formalidade

107. REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11. Sobre a questão, com profundidade, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 5. T. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 345-352; MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In: Estudios del Derecho Procesal. T. I. Buenos Aires: EJE, 1967, p. 588 ss.

108. Confira-se lista de seguidores nas obras de GABBA, C. F. Teoria della Retroattività delle leggi. 2 ed. V. 4. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889, p. 475; CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In: Saggi di Diritto Processuale Civile. V. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 252; REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 34 e 35. São colocados como alguns dos principais adeptos, CHIOVENDA, Giuseppe. La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo. In: Saggi di Diritto Processuale Civile. V. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 242 e 243; LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale. 3. ed. V. II. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 71-74; LIEBMAN, Enrico Tullio. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. Rivista di Diritto Processuale, Cedam, v. 24, 1969, p. 355; LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. Rivista di Diritto Processuale, v. 3, parte 1, 1948, p. 154, 163 e 164; ROCCO, Ugo. Teoria General del Proceso Civil. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959, p. 418; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225-228.

109. LIEBMAN, Enrico Tullio. Norme Processuali nel Codice Civile. Rivista di Diritto Processuale, v. 3, parte 1, 1948, p. 164 e 165; em sentido semelhante, REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 110 e 126.

necessária para que exista ou seja válido – único dado que seria importante fora do processo¹¹⁰. São casos em que a prova do ato deve ocorrer de determinada forma (ex.: escritura pública), sob pena de não ser considerado provado.

Há quem questione o caráter probatório da regra, pois a forma integra o próprio ato jurídico, sendo indispensável seu aperfeiçoamento¹¹¹. Deve-se considerar, contudo, que, ao lado disso, a autêntica finalidade da forma é documentar o ato e conferir certeza à vontade que ele representa, visando, precipuamente, a sua prova. Assim, toda forma especial visa inegavelmente à prova do ato. É bem por isso que os arts. 212 a 232 do Código Civil disciplinam lado a lado a forma e a prova do ato jurídico¹¹².

Essa linha processualista acabou sendo adotada no CPC-1973 por Alfredo Buzaid, que incorporou toda a disciplina da matéria de prova. O CPC-1973 manteve a regência do direito probatório¹¹³, assim como o fez o CPC-2015, até porque era e ainda é a visão processualista a predominante. Mas isso não impediu que o Código Civil contivesse inúmeros artigos sobre o direito probatório¹¹⁴.

Na ótica da teoria *materialista*, as normas sobre prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo¹¹⁵⁻¹¹⁶.

-
110. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale*. 3. ed. V. II. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974, p. 71 e 72; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. T. I. 5 ed. Buenos Aires: Zavalia Ed. 1981, p. 52 e 53. Assim, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 116, 2004, p. 11; REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1985, p. 106.
111. REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1985, p. 38 e 106.
112. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano de Validade*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.
113. Com mais detalhes, inclusive históricos, ARAGÃO, Egos Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, 2004, n. 116, p. 14 e 15.
114. Na Itália e em Portugal a prova é disciplinada no Código Civil. O Código Civil Português disciplina a prova nos arts. 341 ss., passando por temas como o ônus de prova, as convenções sobre prova, a confissão, a prova documental etc. No Código Civil Italiano, são encontrados diversos dispositivos sobre o tema a partir do art. 2697 ss. – cuidando do ônus de prova, da confissão, da prova documental, da prova testemunhal etc.
115. Expõe o argumento, REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1985, p. 18 e 19.
116. O rol de adeptos da teoria é amplo e merece ser conferido em obra do também materialista, que destaca a grande adesão de franceses, GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle leggi*. 2 ed. V. 4. Torino: Unione Tipografica Editrice, 1889, p. 474 ss. A lista é complementada por REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1985, p. 15 e 16, nota 32. Também são seguidores dessa corrente, Salvatore Satta, Francesco Carnelutti, Amaral Santos, João Monteiro, João Mendes Junior e Pontes Miranda. Colocações isoladas e sintéticas de Pontes de Miranda permitem inseri-lo na corrente materialista (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 152 e 153; Cf, também, MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 213 e 225). Na interpretação de Hermenegildo Rego da afirmação de

Funcionam como critério de decisão para o órgão julgador, que se debruçará sobre elas, aplicando-as como primeiro passo ou etapa do seu julgamento.

Essa parece ser é a melhor visão.

A prova nem sempre se refere a um processo. A prova pode ser providenciada antes de ir a juízo, independentemente de se pretender levá-la ou não a juízo (ex.: vistoria prévia de imóvel a ser locado ou email exigido do cliente pelo advogado declarando que renuncia ao direito de recorrer).

Assim, há prova: *i*) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: vistoria do imóvel locado); *ii*) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo (ex.: os instrumentos); ou *iii*) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex.: produção antecipada de prova testemunhal ou a perícia judicial).

Nem sempre a prova é feita visando interferir no convencimento de um juiz. Admite-se que a prova se faça com o simples objetivo de formar o convencimento do jurisdicionado sobre o fato probando e a certeza do direito material que se imagina dele decorrer, de modo que possa avaliar se é válido travar batalha judicial em torno dele ou não.

A prova é tema de Direito material. De um lado, por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão; de outro, por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

Sempre atua como critério de julgar. O juiz julga o *valor e admissibilidade* da prova para certificar um direito, assim como o juiz pode julgar, certificar e realizar o próprio *direito material à prova* (mérito).

Assim, direta ou indiretamente, a prova é tema que se coloca como objeto de decisão em juízo.

Isso fica ainda mais patente quando se trata do *ônus de prova*¹¹⁷ que, por definição, é uma regra de julgamento, que porta um critério de decidir o direito material em jogo para as causas em que não haja suficiência probatória.

As *únicas normas que se podem dizer processuais*, por definirem critério de proceder, são aquelas que se referem ao *procedimento* de produção da prova em

Pontes de Miranda é possível extrair-se que: "(...) se a prova do bem que se reclama no processo é ligada à norma que assegura tal bem, parece evidente que a norma sobre prova é da mesma natureza que a norma que assegura os bens" (REGO, Hermenegildo de Souza. Natureza das normas sobre prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 26).

117. Cf. sobre a discussão em torno da natureza das normas sobre ônus de prova, MELENDO, Santiago Sentis. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In: Estudios del Derecho Procesal. T. I. Buenos Aires: EJE, 1967, p. 592 ss.

juízo¹¹⁸ e ao poder judicial de *distribuição dinâmica* e casuística do ônus de prova no curso do procedimento¹¹⁹.

Fora isso, e já a título de arremate, não pode passar despercebido o fato de que o CPC-1973 inovou ao falar de ônus de prova, e o Código Civil ao não abordá-lo, considerando que este é tema tradicionalmente regrado por legislação material¹²⁰. O CPC-2015 manteve-se nessa linha processualista, também incorporando a disciplina do ônus probatório.

13. NORMAS ESTRUTURANTES DO DIREITO PROBATÓRIO

13.1. Poderes instrutórios do juiz. Considerações sobre o garantismo processual

É imprescindível analisar qual o papel das partes e do juiz na atividade probatória; quais são os poderes atribuídos a cada um desses sujeitos processuais.

Historicamente, a doutrina cogita dois modelos de organização do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*.

Como visto no v. 1 deste *Curso*, no capítulo sobre normas processuais fundamentais, o modelo *adversarial* assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir¹²¹. O modelo *inquisitorial* (não *adversarial*) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo.

No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; diz-se que aí prepondera o *princípio dispositivo*. No segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo¹²², prevalecendo o chamado *princípio inquisitivo*¹²³.

118. Assim, AMARAL SANTOS, Moacyr. Prova Judiciária no Civil e Comercial. V. I. São Paulo: Max Limonad, s/a, p. 46 e 47; ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Direito Judiciário Brasileiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 210; MONTEIRO, João. Programa do Curso de Processo Civil. V. II. 5ª ed. São Paulo: Thyphographia Academica, 1936, p. 340; CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Santis Melendo. V. I. Buenos Aires, EJEA, 1973, p. 258.

119. Processual é também a norma que estabelece o modo de proceder do juiz ao estabelecer essa nova regra subsidiária de julgamento em concreto (distribuindo-a dinamicamente), mais especificamente aquela que define o momento em que a distribuição deve ocorrer dentro do processo, a possibilidade de se fazê-lo de ofício, a necessidade de ouvir previamente a outra parte, o cabimento de recurso contra a decisão etc.

120. ARACÃO, Egas Dirceu Moniz de. Regras de prova no Código Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 116, 2004, p. 12.

121. JOLOWICZ, J. A. "Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation". *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

122. DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3..

123. Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de "espécie normativa", mas, sim, de "fundamento", "orientação preponderante" etc. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será.

Como se vê, a dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

Do mesmo modo, a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma tomar por base essa mesma compreensão dos modelos de organização do processo. Há, assim, dois modelos: a) os sistemas informados pelo princípio dispositivo, em que cabe às partes a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*), o *adversarial system*; b) e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system*.¹²⁴

Perceba-se que limitar a atuação probatória do Estado-juiz, deixando aos litigantes (e seus advogados) a tarefa de reunir toda a prova do quanto alegado, não é uma opção estritamente técnica dos ordenamentos anglo-saxônicos e seu *adversarial system*. É, nitidamente, uma opção político-ideológica decorrente da prevalência de um ideário liberal e individualista. O processo seria equiparado a um duelo, uma competição desportiva entre as partes, que travariam um embate livre, “com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas ‘regras do jogo’”.¹²⁵

Entretanto, a legitimidade deste modelo pressupõe a existência de um equilíbrio mínimo entre os adversários (litigantes), que devem confrontar-se com paridade de armas, o que nem sempre ocorre. Não raro, enfrentam-se indivíduos com capacidade econômica e posição social totalmente distintas, podendo a parte mais forte contar

124. A propósito, dentre outros, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. *Temas de Direito Processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56 e 57. Nesse contexto, Michele Taruffo faz severas críticas à terminologia tradicionalmente utilizada. Para o autor italiano o termo “inquisitivo” é equivocado, senão inútil. Invoca o espírito da Santa Inquisição em cujos processos a parte não tinha poder de defesa diante do tribunal onipotente. O termo é inadequado (ambíguo/duvidoso), diz, pois não há e nunca houve nenhum ordenamento cujo processo civil fosse verdadeiramente inquisitivo – isto é, inteiramente conduzido pelo juiz e com partes totalmente destituídas de direitos e garantias. Assim, sem desconsiderar a validade da contraposição entre processo *adversarial* e processo *inquisitorial*, para a comparação de famílias jurídicas, propõe que se abandone o termo “inquisitivo” ou “inquisitorial” no processo civil, para limitar-se a falar de *modelos mistos*, em que convivem harmonicamente a iniciativa probatória oficial e das partes (“Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”. *Revista Ibero-americana de direito processual*. Buenos Aires: Ano IV, n. 10, 2007, p. 306).

125. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, *Temas de Direito Processual – nona série*, cit., p. 65-67. Sugere-se conferir, sobre o tema, AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 54 ss.

com advogado mais eficiente e habilidoso na condução da atividade probatória, por exemplo. E, diante da inércia institucionalizada do julgador, o resultado da prova pode restar desvirtuado.

Talvez em razão disso, “(...) justamente lá se vêm manifestando sinais – mais ostensivos na Inglaterra e nos Estados Unidos – de um deslocamento da ênfase de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, países da Europa continental dão a impressão de deixar-se tentar pela ideia de um movimento em sentido oposto”. É o que Barbosa Moreira chama de “jogo de correntes e contracorrentes”, identificando, aí, sintomas de convergência das duas famílias tradicionais do direito processual – *civil law* e *common law*. E, quem sabe, um dia, “o processo de *civil law* e o processo de *common law* venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que se contrastam”.¹²⁶⁻¹²⁷

Seria um típico movimento dialético, em que *adversarial e inquisitorial systems* partem de concepções opostas, situadas em pontos extremos, deslocando-se, gradativamente, para um ponto central, de convergência, de forma a estabelecer um equilíbrio maior entre os poderes das partes e do juiz.

Toda a discussão sobre a existência e a extensão dos poderes instrutórios do juiz no ordenamento jurídico brasileiro sempre girou em torno desses modelos de organização do processo.

126. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, *Temas de Direito Processual – nona série*, cit., p. 66 e 67. Mas não apenas no campo probatório observa-se a aproximação das referidas famílias jurídicas. Mauro Cappelletti identifica que, nos últimos decênios, ambas convergiram, cada vez mais, para a intensificação da criatividade judicial – em graus e naturezas bem semelhantes. E conclui que o fenômeno “é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias”. Verifica, ainda, a instituição de tribunais constitucionais – que se assemelham às Cortes Supremas do *common law* – em ordenamentos tipicamente de *civil law*, como Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e França, desde meados do século XX, diminuindo-se ainda mais as diferenças entre elas (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 123-128).

127. Na Inglaterra, por exemplo, a tradição sempre foi no sentido de que o juiz nunca dispusesse de provas por sua iniciativa. Em 1998, porém, ocorreu uma transformação radical no sistema inglês, para atribuir ao juiz extensos poderes de direção do processo, mas, no âmbito probatório, as mudanças não foram tão extremas. Não há nenhuma norma que permita a coleta de prova de ofício. Mas existem outras que permitem que o julgador determine quais são os fatos probandos, o meio de prova adequado, o modo como deve ser produzido em juízo, nomeie expert para colaborar no esclarecimento dos fatos, dentre outros. Com isso, o juiz inglês passa a ter diversos poderes probatórios, que o aproximam da figura do juiz inquisidor dos sistemas continentais (TARUFFO, Michele. “Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”, cit., p. 321 e 322). Nos Estados Unidos da América, também se observa esse movimento de extensão dos poderes probatórios do juiz, valendo recordar que pode o juiz, de ofício, determinar a produção de prova testemunhal não requerida pelas partes, bem como interrogar testemunhas trazidas pelas partes ou de ofício, ou determinar a realização de consultas técnicas, nomeando o expert (TARUFFO, Michele. “Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”, cit., p. 319 e 320).

Apesar da constatação episódica de algumas resistências¹²⁸, pode-se dizer que o nosso ordenamento, por meio do art. 370 do CPC, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios¹²⁹, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo, seguindo o rumo observado nos países latino-americanos, de adoção do *inquisitorial system*.

Trata-se de opção política com raízes históricas antigas. José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, lembra que Manoel Aureliano Gusmão, em 1922, ao tratar da possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional, afirmava que “o juiz, órgão actuante do direito não pôde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”.¹³⁰

128. Difícil encontrar doutrinador ou julgado que suprima qualquer iniciativa probatória do juiz no direito brasileiro. Mas existem aqueles que, malgrado admitam sua atuação oficiosa, impõem-lhe muitos limites. O juiz do processo civil, quando diante de direitos disponíveis, não poderia assumir postura de “Juiz Instrutor”, dizem, ordenando produção de provas de ofício. Defendem que a atividade instrutória do juiz, quando admissível – como nas ações que versam sobre interesses públicos ou coletivos, ou naquelas em que há severa desproporção entre as possibilidades econômicas e sócio-culturais das partes –, deve ser complementar à das partes – uma vez requerida a prova pela parte, o juiz só poderia complementá-la. Dentre eles, com variações, confira-se LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75 ss.; NERY JR., Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 530 e 531; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 51 segs. DORIA, Rogério Dotti. “O direito à prova e a busca da verdade material” In: Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 324-326.

No contexto jurisprudencial, podemos citar alguns julgados, neste sentido, do Superior Tribunal de Justiça: no Recurso Especial n. 629312/DF, Recurso Especial n. 132.065/PR, Recurso Especial n. 84561/SP e Recurso Especial n. 171.429/RJ. Também assim, julgado da Apelação Cível n. 70013511548, e da Apelação Cível n. 70005810296, ambos da Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.

Digno de transcrição, porquanto revele muito bem a eventual adoção de posturas deste viés na jurisprudência brasileira, trecho da ementa do Recurso Especial n. 192681/PR, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. (...) IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real. V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz”. Existem, ainda, julgados em que se reconhece que o juiz tem poderes instrutórios, mas que o nosso sistema não lhe impõe qualquer dever de investigação probatória – até porque o ônus de provar é das partes (assim, aresto no Recurso Especial n. 471857/ES, cujo relator foi o Min. Humberto Gomes de Barros). É o que defende, por exemplo, Eduardo Cambi. Para o autor o juiz seria munido de poder probatório, que não corresponde a qualquer dever. Sua atuação probatória serve, tão somente, para complementar a atividade das partes, a quem competiria, de fato, exercê-la (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 21).

129. Nos tribunais, não são raros os julgados nesse sentido, tais como alguns dados no Superior Tribunal de Justiça: no Recurso Especial n. 651294/GO, no Agravo Regimental no Recursal Especial n. 738576 / DF, no Recurso Especial n. 964649/RS.

130. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 75-76.

Antes mesmo disso, em 1916, comentando o Código de Processo do Estado da Bahia, Eduardo Espínola já afirmava que

“o juiz, que não é, na processualística moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatorios que, de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da causa. Os clássicos princípios – o juiz deve julgar pelo alegado e provado – e – compete provar àquelle que allega – já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos Códigos mais modernos”.¹³¹

Atualmente, porém, o assunto tem merecido um novo olhar¹³².

A valorização do modelo *inquisitorial* terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. As partes e a autonomia privada tiveram seus papéis diminuídos – em alguns casos, aniquilados mesmo –, abrindo margem a uma espécie de protagonismo judicial. Convém lembrar, como se disse no v. 1 deste *Curso*, que o princípio de respeito ao exercício do poder de autorregramento da vontade no processo é um pilar do direito processual civil brasileiro.

Nesse contexto, surgiu uma doutrina denominada de *garantismo processual*, que tem por objetivo *proteger* o cidadão dos abusos do Estado – caracterizados, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz. Esse pensamento funda-se na doutrina do filósofo italiano Luigi Ferrajoli¹³³, que esboçou uma teoria do garantismo para o Direito. Há ardorosos defensores desta concepção, destacando-se Juan Montero Aroca (Espanha), Luis Correia de Mendonça (Portugal), Franco Cipriani (Itália)¹³⁴ e Hugo Cavero (Peru)¹³⁵. O garantismo já foi denominado no Brasil de “neoprivatismo processual”¹³⁶.

131. ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916, v. 1, p. 412-413.

132. Bem percebeu o ponto Robson Renault Godinho: “Os poderes instrutórios do juiz, portanto, assumem peculiar importância no debate cultural do processo atual, com nítidas posturas ideológicas que não raro obnubilam o entendimento, com discursos maniqueístas que não contribuem para a compreensão do tema. Trata-se, na verdade, como já anunciado, de discussão que dominou boa parte do século passado, mas, inegavelmente, é renovada com força nova a partir da própria modificação sócio-cultural que, forçosamente, afeta o modelo de processo compatível com o Estado Constitucional” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 235, p. 86-87).

133. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. Fauzi Choukr (trad.). São Paulo: RT, 2002, p. 683-766.

134. Sobre essa concepção, amplamente, consultar a coletânea AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2006.

135. CAVERO, Hugo. “El garantís model profesor James Goldschmidt: vigencia de um pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de um viejo bueno”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009, n. 14, p. 18-20.

136. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O neoprivatismo no processo civil”. *Leituras complementares de Processo civil*. 7 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 309-320.

Segundo Adolfo Alvarado Velloso, “o *garantismo processual* não tolera tergiversação da norma fundamental; ao contrário, contenta-se modestamente que os juízes – mais uma vez: comprometidos apenas com a Lei – declarem a *certeza das relações jurídicas conflitivas* através da outorga do direito de defesa a todos os interessados, resguardando a igualdade processual com uma clara imparcialidade funcional para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos”¹³⁷.

Em paralelo, vem-se consolidando o entendimento de que, ao lado dos dois modelos já consagrados de estruturação do processo – o *adversarial* e o *inquisitorial* –, existe um terceiro modelo – o *cooperativo* –, baseado no princípio da cooperação, que, como visto no v. 1 deste *Curso*, caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes¹³⁸. O contraditório é revalorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida¹³⁹.

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais – ou com destaque para *todos eles*.

Esses pilares – garantismo processual, valorização da autonomia privada no processo e o modelo cooperativo de estruturação do processo – exigem uma revisão do tema relativo aos poderes instrutórios do magistrado¹⁴⁰.

137. VELLOSO, Adolfo Alvarado. “O garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 29.

138. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

139. Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

140. Note-se que deve ser objeto de preocupação o não uso dos poderes instrutórios, o que pode ser revelador de outra face desse complexo tema: “Outro ponto a ser registrado consiste na omissão no exercício dos poderes instrutórios do juiz e, com isso, a influência no resultado do julgamento, o aprofundamento de desigualdades materiais e o descontrole do arbítrio judicial. Com efeito, pode haver abuso na ação e na omissão, com a peculiar nota de que, em matéria de poderes instrutórios, dificilmente poderá haver controle das partes. A ausência de padrões decisórios, por exemplo, que tanto atormentam a construção de uma teoria dos precedentes judiciais, também se faz presente nesta temática, na medida em que a iniciativa instrutória é entendida ou exercida como atividade discricionária. A preocupação sobre essa questão está menos no desinteresse genérico do juiz acerca da instrução da causa, ainda que haja ampla autorização normativa para que participe efetivamente da instrução do processo, do que no não exercício desse poder casuisticamente. Ou seja: a utilização eletiva e arbitrária da instrução oficial pode configurar um grave problema, como se a iniciativa probatória fosse uma roleta processual. [...] Se está comprovado que o método menos eficiente de se descobrir

Com base nessas premissas, podemos distinguir basicamente três formas de análise do art. 370 do CPC¹⁴¹: a) há quem continue afirmando a existência de amplos poderes instrutórios ao juiz¹⁴², com base no art. 370 do CPC; b) há quem entenda que o disposto no art. 370 do CPC é inconstitucional¹⁴³; c) e há quem admita essa iniciativa oficial, mas lhe imponha limites.

a verdade dos fatos discutidos no processo está na outorga exclusiva às partes da atividade instrutória, não menos correto é afirmar que o descontrole dos poderes probatórios do juiz é claramente uma ofensa ao devido processo legal” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”, cit., p. 107-108 e 113).

141. O panorama ora apresentado pode ser ilustrado a partir desta ilustração: “Um exemplo singular, mas do qual decorrem algumas reflexões relacionadas ao tema: um acidente automobilístico envolvendo três carros, cada qual com um condutor, no cruzamento sem sinalização de determinada comarca, que conta com juízo único. Todas as partes são capazes e os direitos pleiteados são disponíveis (pleiteiam-se apenas indenizações em virtude de danos materiais e lesões corporais). Ajuíza-se ação contra um condutor, não se arrolam testemunhas e apenas fotografias são anexadas aos autos e as partes prestam os respectivos depoimentos. Consta no boletim de registro de acidente de trânsito a identificação de um comerciante que estava próximo ao local, além da identificação dos policiais que realizaram a ocorrência. O juiz, apenas com os elementos dos autos e com as regras de distribuição do ônus da prova, julga improcedentes os pedidos. Alguns meses depois, o outro envolvido ajuíza ação semelhante contra o mesmo réu daquele primeiro processo, com as mesmas circunstâncias fáticas e os mesmos elementos de convicção. Dessa vez, o mesmo juiz resolve ouvir como ‘testemunhas do juízo’ os policiais e o comerciante e também determina a realização de inspeção no local do evento, além de determinar expedição de ofício à secretaria municipal competente para que informe sobre detalhes viários daquele trecho. Com as provas produzidas, julga os pedidos procedentes. Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder-dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensejará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade enseja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas” (GODINHO, Robson Renault. *Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”, cit., p. 109*).
142. Por exemplo: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Juiz, processo e justiça”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 111-146; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 65-78; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. No entanto, nem sempre amplitude da atuação judicial é defendida com base nos mesmos fundamentos. Roberto Bedaque, por exemplo, baseia-se na ideia de que a relação jurídica processual é de natureza pública e, como tal, é interesse do Estado prestar a melhor tutela jurisdicional possível, independentemente da natureza da relação substancial deduzida em juízo. Alexandre Câmara, por sua vez, diz que a norma que se extrai do art. 377 do CPC está de acordo com o princípio democrático consagrado na Constituição, de modo que, se a atuação do Estado brasileiro há de pautar-se nos fundamentos indicados no art. 1.º da Constituição Federal e há de perseguir as metas traçadas no art. 3.º, também o juiz, como agente do Estado, através do processo, instrumento de poder, há de fazer o mesmo – e o art. 377 do CPC estaria em consonância com essa diretriz. Este também é o ponto de partida de William Ferreira (ob. cit., p. 238), que ainda vai além de dizer que a iniciativa probatória, mais que um *poder*, é um *dever* do juiz (p. 241-245).
143. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. “Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 639-647. Diz o autor: “O poder instrutório oficioso, embora em nossa legislação seja permitido, não está legitimado

Dentre esses últimos, existem: (i) os que entendem que a atividade instrutória oficial somente pode ser *complementar* à atividade da parte, jamais *substitutiva*¹⁴⁴; (ii) os que admitem a iniciativa oficial, mas alertam que ela afasta a imparcialidade do juiz, de modo que seria prudente criar um procedimento de competências funcionais escalonadas, segundo o qual, determinada a prova de ofício pelo magistrado (conduta que não seria proibida), deveria ele afastar-se do caso, remetendo os autos para que um outro julgador apreciasse o mérito¹⁴⁵; (iii) os que admitem a iniciativa oficial, mas afirmam que a sua amplitude depende da análise da relação jurídica controvertida – maior amplitude quando se tratar de direitos indisponíveis; menor ou nenhuma, quando se tratar de direitos disponíveis – e da igualdade substancial das partes – sendo elas substancialmente iguais, menor amplitude; desiguais, maior amplitude, em favor do hipossuficiente¹⁴⁶.

É preciso apresentar o posicionamento deste *Curso*.

Não nos parece que o art. 370 do CPC seja inconstitucional.

Têm razão aqueles que dizem que esse dispositivo confere ao juiz, como agente do Estado, importante ferramenta para concretização do ideal de construção de uma sociedade justa (art. 3.º, I, CF), na medida em que permite que o magistrado, ao decidir, esteja o mais próximo possível da realidade dos fatos¹⁴⁷. Isso não viola o devido processo legal¹⁴⁸; antes, conforma-se a essa garantia, compondo-a. O jurisdicionado já sabe, de antemão, que o julgador dispõe de poderes instrutórios e não pode dizer-se surpreendido caso eles venham a ser exercidos no caso concreto.

na perspectiva da garantia constitucional do devido processo legal, por impor à parte uma providência jurisdicional não requerida, ferindo-lhe a liberdade individual de participação no processo e a sua faculdade de disposição, assumindo o ônus da escolha, de parcela de seu direito derivado da ação ou defesa (produção de prova)” (p. 643).

144. ALVIM, Arruda. “Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 97-110. Arruda Alvim defende que o juiz somente pode determinar a realização de prova em caso de *insuficiência* da prova produzida – não, porém, na hipótese de ausência de prova por omissão da parte interessada, caso em que deve julgar conforme as regras do ônus da prova (p. 104).
145. RAMOS, Glauco Gumerato. “Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 255-272, especialmente a p. 261.
146. YARSHELL, Flávio Luiz. “Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial)”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 199-206.
147. Por exemplo: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático”. *Ativismo judicial e garantismo processual*, cit., p. 76; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 238.
148. Em sentido contrário, RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. “Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*, cit., p. 639-647.

Mas também não nos parece que a autonomia privada e o modelo cooperativo do processo devam ser esquecidos na análise da extensão do poder atribuído pelo art. 370 do CPC. O juiz não é o protagonista do processo; ao menos, não é o único. É preciso reconhecer às partes o papel que lhes cabe desempenhar – é disso que trata a valorização da autonomia privada no processo¹⁴⁹. Não se quer um processo em que o juiz seja mero fiscal da observância das regras do embate¹⁵⁰, mas também não se quer um processo em que se negligencie o papel das partes. Se o modelo de processo está baseado na cooperação, não deve haver protagonismo durante a tramitação do processo.

A melhor interpretação que se pode dar ao art. 370 do CPC, segundo nos parece, é aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma *atividade complementar* – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir *dúvida* quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja finalidade do processo revelar a *verdade*, constitui imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova têm aplicação subsidiária: esgotadas as atividades probatórias – inclusive, se for o caso, a oficial –, aí sim elas terão lugar.

A atividade instrutória oficial somente poderia ser *substitutiva* da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que, segundo pensamos, a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente *complementar*. Em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz.

Uma situação, contudo, há de ser ressalvada.

A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que

149. “Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas, sim, dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade” (GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, p. 2).

150. Com razão William Ferreira, quando faz uma feliz comparação: “O juiz, diferentemente do árbitro de futebol, como representante do Estado, do Poder Judiciário, tem, não somente o dever com o *fair play* processual, mas também com a qualidade do resultado. O processo não é um jogo, mas uma técnica empregada a serviço do melhor julgamento possível do caso concreto, voltado ao alcance de uma decisão justa” (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, cit., p. 246-247).

uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há *inércia*, mas *vontade manifestada*: não se quer a produção de determinado meio de prova.

Nesses casos, poderia o juiz, com base no art. 370 do CPC, determinar, ainda assim, a produção da prova?

Parece-nos que não.

Tem-se aí típico exemplo de *negócio jurídico processual* – unilateral, quando a manifestação de vontade vem de apenas uma das partes; bilateral, quando de ambos os polos. Se válido, o juiz não pode *ignorar* esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova.

Isso decorre da aplicação do art. 190 do CPC, que consagra a atipicidade da negociação processual celebrada pelas partes. É possível a existência de negócios probatórios atípicos. *Uma vez observados os pressupostos do art. 190 e sendo válido o negócio jurídico processual*, o juiz fica a ele vinculado.

Alguns exemplos – relembre-se: é preciso que negócio processual seja válido: a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova; b) se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; c) se houver convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º), o juiz não pode decidir contra o que foi convenicionado. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim.

13.2. Aquisição processual da prova¹⁵¹

13.2.1. Generalidades. A homogeneidade da eficácia probatória

O CPC prevê expressamente o chamado princípio da aquisição processual da prova ou princípio da comunhão da prova.

O art. 371 determina que o juiz examine a prova produzida “independentemente do sujeito que a tiver promovido”. A prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo – não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções legais. A *prova adere ao processo*, sendo

151. Chiovenda traz uma abordagem muito mais ampla dessa norma, aplicando-a a toda e qualquer atividade processual das partes. Para o autor, o resultado das *atividades processuais* é comum para as partes. De um dado ato processual praticado por uma parte pode ser extraída vantagem pela outra – ex.: o documento produzido por uma pode beneficiar a outra (*Principii di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 748 e 749).

irrelevante, em linha de princípio, saber quem a trouxe. O que importa é sua existência e, não, sua proveniência (origem).

Quando trazida aos autos, a prova sai da esfera de disposição daquele que a providenciou (parte, Ministério Público, terceiro ou juiz), tornando-se pública, comum e parte integrante do conjunto probatório, para favorecer ou desfavorecer quem quer que seja. Produzida pela parte pode servir até mesmo aos seus litisconsortes (unitário ou simples) ou ao seu adversário.

A prova obtida por *confissão*, que é conduta previsível e inevitavelmente *determinante* e desfavorável, segue regra distinta. A confissão de um litisconsorte não prejudica o outro (art. 391 do CPC).

Assim, cabe ao juiz considerar e valorar todo o material probatório constante nos autos sem atenção especial à sua fonte ou origem, desde que lícita.

“E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo seu adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E quando digo que pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que inclua aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz”¹⁵².

Em razão desse princípio, o responsável pela prova, após sua produção, não pode retirá-la do processo ou impedir que o juiz a considere na formação do seu convencimento, sob o argumento de que o resultado lhe é (ao seu responsável) prejudicial ou por estar arrependido de tê-la requerido e produzido. Não é ele (o responsável pela sua produção) o dono da prova. Seria como equipará-lo ao menino “dono da bola”, que, diante de um gol do adversário, tira a bola de campo¹⁵³ ou exige que o árbitro não compute o gol com ela realizado – o que pode até se coadunar com um jogo amador de futebol, mas é incompatível o modelo processual brasileiro.

Consolida-se, assim, a *homogeneidade da eficácia probatória*, pois deve ser atribuído um só valor à prova que, como tal, repercutirá na esfera do seu produtor e

152. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O juiz e a prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, n. 35, p. 181.

153. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 22.

todos os outros sujeitos do processo: ou bem a prova demonstra a veracidade da alegação de fato, ou bem demonstra sua inveracidade, afinal não há meia-verdade¹⁵⁴.

13.2.2. Relevância de saber quem promoveu a produção da prova

Diz-se que é irrelevante, *em linha de princípio*, saber quem produziu a prova, porque, de fato, uma vez inserida no processo, o julgador deverá apreciar a prova dentro de todo o contexto probatório, pouco importando se a parte que a produziu ou a pedido de quem ela foi produzida aproveitará, ou não, o seu valor.

Casos há em que a prova é prejudicial ao sujeito que a trouxe aos autos; mas nem por isso a prova deixará de ser considerada pelo magistrado. Sucede que, como lembra Flávio Luiz Yarshell, “não é de hoje que a credibilidade pessoal de cada qual dos litigantes, associada à verossimilhança das respectivas alegações, é reconhecida como dado relevante na formação do convencimento do juiz”¹⁵⁵.

Essa credibilidade pessoal, por sua vez, pode ser aferida a partir do grau de empenho e de comprometimento do sujeito com o processo, e a atividade probatória pode ser um bom cenário para, sob esse aspecto, avaliar a conduta das partes.

Desse modo, se o juiz verifica que uma parte esforçou-se em trazer aos autos determinada prova, a despeito de não ser seu o ônus de fazê-lo, ou que deixou de produzir uma prova, mesmo que pudesse tê-la produzido com muito mais facilidade que o adversário, *pode ser* que essas condutas sejam relevantes para a formação do seu convencimento. Segundo Yarshell, “não parece incorreto extrair do comportamento das partes – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro *argumento de prova*”¹⁵⁶.

13.3. Atipicidade dos meios de prova. As provas atípicas

As afirmações de fato podem ser provadas por qualquer meio de prova, ainda que não previsto na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 369, CPC) – ou seja, desde que o meio de prova seja *lícito*. Assim, ao lado dos meios de prova *típicos*, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

São meios de prova *típicos* a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial, a prova emprestada e a confissão.

154. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”, cit., p. 21 e 22.

155. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61.

156. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 63.

O art. 212 do Código Civil, repetindo formulação tradicional (art. 136, CC-1916), tipifica e enumera os meios de que se pode valer o interessado para a prova dos fatos jurídicos, adotando uma redação mais simples: *a)* exames, vistorias e arbitramento foram reunidos no gênero “perícia”; *b)* “atos processados em juízo” e os “documentos públicos ou particulares” foram todos reunidos no gênero “documento”, muito mais simples e correto (os atos processados em juízo transformam-se em termos ou autos – plural de auto, documento de ato processual praticado fora da sede do juízo –, que nada mais são do que documentos).

Não está imune a críticas, no entanto, o dispositivo, ao enumerar os meios de prova.

De um lado, sem qualquer critério, o legislador estabelece um rol de institutos de naturezas jurídicas diversas: fonte de prova (testemunha e documento), meio de prova (confissão e perícia) e presunção (que não é uma coisa nem outra: conclusão de raciocínio).¹⁵⁷

De outro, diante do comando do art. 369 do CPC, que demonstra a evolução do nosso Direito em tema de produção de provas em juízo, é plenamente possível a utilização de outros meios de prova, além daqueles previstos no Código Civil, para a elucidação dos fatos em juízo. Aditem-se as chamadas provas atípicas. Não se cogita, por isso, nenhuma repercussão, no particular, do Código Civil na legislação processual.

Ademais, embora o texto do *caput* do art. 212 do Código Civil fale em prova dos “fatos jurídicos”, é plenamente admissível a prova de *fatos simples*.

São meios de prova atípicos, por exemplo, a prova estatística, a prova por amostragem¹⁵⁸ (sobre o tema, ver subitem abaixo, no item sobre presunções judiciais), a prova cibernética e a reconstituição de fatos. São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca “a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”.¹⁵⁹ E a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam o direito probatório, sobretudo o princípio do contraditório.

Também é possível cogitar uma prova atípica decorrente de negócio processual celebrado pelas partes, com base na autorização genérica prevista no art. 190 do CPC:

157. Também nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”, cit., p. 216.

158. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 69.

159. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Provas atípicas”, cit., p. 117.

uma prova atípica de origem negocial. Assim, por exemplo, podem as partes aceitar que o testemunho seja apresentado por escrito, com isso acelerando a colheita da prova.

É importante dizer que “uma prova que não pode ser utilizada como típica porque na sua formação violou uma norma (ou porque na sua produção vai violá-la), certamente não pode ser admitida como prova atípica, sob pena de estar servindo para encobrir a desconsideração de uma regra”¹⁶⁰ – e, nesse assim, uma fraude à lei (art. 142 do CPC).

13.4. Proibição de prova ilícita

13.4.1. Generalidades

O art. 5º, LVI, da Constituição Federal veda a produção, no processo, da prova obtida ilicitamente. Trata-se de direito fundamental do jurisdicionado: o direito de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente. Esta é uma das regras fundamentais que concretizam o devido processo legal – não se trata de princípio constitucional, mas de *regra*¹⁶¹.

Há quem distinga entre prova ilícita e prova obtida ilicitamente. Aquela seria a prova com conteúdo ilícito; esta, a prova cuja colheita ou método de inserção no processo é ilícito. Considera-se, porém, que ambas estão abrangidas pela vedação do art. 5º, LVI, da Constituição.

O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria qualquer norma do ordenamento jurídico. Assim, são exemplos de provas ilícitas a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio etc. São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

13.4.2. Prova moralmente ilegítima

Prova moralmente ilegítima é prova que contraria a boa-fé objetiva (a própria noção de princípio moralidade administrativa também se relaciona à boa-fé

160. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1, p. 354.

161. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Rede- Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan-fev-mar de 2009, p. 05-06.

objetiva). A boa-fé objetiva é uma norma jurídica – especificamente, um princípio. Violar a boa-fé objetiva é, portanto, violar uma norma jurídica. Ao violar uma norma jurídica, a prova torna-se ilícita.

Assim, não há razão para a expressão “moralmente legítimos”, que se encontra no enunciado do art. 369. Trata-se de texto expletivo. Parece resquício de um tempo em que princípios não possuíam força normativa ou, possivelmente, de um tempo em que o legislador costuma valer-se de jargões jusnaturalistas na redação dos enunciados normativos.

13.4.3. Prova ilícita e prova ilegítima

É comum na doutrina fazer-se uma contraposição entre provas ilícitas e provas ilegítimas, afirmando-se que *prova ilícita* é aquela obtida com violação de alguma regra de direito material, enquanto que a *prova ilegítima* é aquela obtida com violação de alguma regra de direito processual.

A classificação, contudo, é artificial, porque não considera que a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral.

Não bastasse isso, a classificação parece-nos inútil, porque pouco importa qual a natureza jurídica da norma violada: a prova, de todo jeito, será proibida no processo.

13.4.4. Critérios para aferição da ilicitude

Há vários critérios para a aferição da ilicitude da prova.

Esses critérios podem recair (i) sobre o objeto da prova (p. ex., se a alegação de fato que se pretende provar não é controvertida), (ii) sobre os meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo (p. ex., utilização de testemunhas para a demonstração de alegação de fato que exige conhecimento técnico-especializado), (iii) sobre os procedimentos pertinentes à coleta do material probatório (p. ex., produção de prova pericial sem participação das partes ou dos seus assistentes técnicos), (iv) bem como, em alguns casos, sobre o valor da prova produzida (p. ex., testemunha que não presenciou os fatos sobre o qual é chamada a falar, ou que tem interesse na solução do litígio)¹⁶².

Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas), ou processuais (epistemológicas), quando se vedam

162. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 92-93.

provas irrelevantes e impertinentes, que ou representariam um dispêndio de energia desnecessário para a máquina judiciária e para as partes ou seriam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade.

13.4.5. Provas ilícitas por derivação

Há as chamadas provas ilícitas por derivação – aplicação da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*).

A doutrina e os tribunais também não aceitam as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilicitamente obtida: documento encontrado após invasão de domicílio, interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em documento falso etc. A teoria dos frutos da árvore envenenada prega que o vício da planta se transmite a todos os seus frutos (tem origem na jurisprudência americana).

O STF já se posiciona no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação há muitos anos (julgamento do HC 69.912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 16.12. 1993).

13.4.6. Exceções à proibição da prova ilícita por derivação. Art. 157 do Código de Processo Penal

Há algumas exceções à proibição de prova ilícita por derivação

As duas mais conhecidas são: a) derivação mediata (inexistência de nexo de causalidade): “a contaminação somente se refere às provas que efetivamente derivarem da prova ilícita. Aquelas outras provas que são independentes da prova ilícita não se tornam ilícitas pela sua simples presença no processo em que está a ‘prova ilícita’¹⁶³; b) prova que seria obtida de toda forma (descoberta inevitável, *inevitable discovery exception*): segundo Marinoni e Arenhart, “como também reconhece a jurisprudência norte-americana, a prova, ainda que derivada de outra ilícita, não se torna imprestável se for ela, inexoravelmente, atingida por meios lícitos”¹⁶⁴.

Os §§1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal consagram expressamente essas exceções – o dispositivo deve ser aplicado por analogia ao processo civil: “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se

163. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 307.

164. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 308.

fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Nesse sentido, enunciado n. 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal, afastando a ilicitude da prova”.

13.4.7. Prova ilícita negocial

A prova ilícita é a que contraria norma jurídica. A norma contrariada pode ser um negócio jurídico. É possível que as partes negociem, valendo-se da permissão decorrente do art. 190 do CPC, que determinado meio de prova não será admitido no processo em que disputarem seus interesses.

Observados os pressupostos do art. 190 e não havendo simulação ou fraude, não há razão para o juiz desconsiderar a norma decorrente desse negócio jurídico processual.

A hipótese não é nova. O art. 109 do Código Civil prescreve que, “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Nada impede que as partes façam negócio semelhante, exigindo prova escrita, não necessariamente por instrumento público – o poder de autorregramento da vontade autoriza isso¹⁶⁵. Assim, com esta cláusula, as partes decidem que determinado negócio jurídico somente pode ser provado por esse ou por aquele meio de prova, tornando ilícito qualquer outro meio de prova.

13.4.8. Direito fundamental à produção de prova e direito fundamental a não ter contra si uma prova produzida ilicitamente

Do mesmo modo que se pode falar na existência de um direito fundamental à vedação da prova ilícita, é indubitosa a existência do direito fundamental à prova.

Trata-se de direitos que não se contradizem; antes, eles se complementam: o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la.

O problema é que, no caso concreto, é possível que esses direitos fundamentais entrem em rota de colisão.

É o que se dá, por exemplo, nos casos em que o *único* meio de prova de que a parte dispõe foi obtido ilicitamente. Há, em relação a esses casos, posições doutrinárias as mais variadas: há quem não admita, em hipótese alguma, a prova ilícita; há quem a admita sempre; há quem a admita apenas no processo penal, e desde

165. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 228.

que em favor do acusado; e há, por fim, quem defenda a aplicação da máxima da proporcionalidade para a solução do conflito.

Esta última é a posição que prevalece e parece, realmente, a mais correta.

Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova *versus* vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz da proporcionalidade.

Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no *processo penal*, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais.

A admissibilidade da prova ilícita no processo deve ser vista, porém, como algo excepcional. Para que seja admitida, é necessário que sejam atendidos alguns critérios: (i) *imprescindibilidade*: somente pode ser aceita quando se verificar, no caso concreto, que não havia outro modo de demonstrar a alegação de fato objeto da prova ilícita, ou ainda quando o outro modo existente se mostrar extremamente gravoso/custoso para a parte, a ponto de inviabilizar, na prática, o seu direito à prova; (ii) *proporcionalidade*: o bem da vida objeto de tutela pela prova ilícita deve mostrar-se, no caso concreto, mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova; (iii) *punibilidade*: se a conduta da parte que se vale da prova ilícita é antijurídica/ilícita, o juiz deve tomar as providências necessárias para que seja ela punida nos termos da lei de regência (penal, administrativa, civil etc.); (iv) utilização *pro reo*: no *processo penal*, e apenas nele, tem-se entendido que a prova ilícita somente pode ser aceita se for para beneficiar o réu/acusado, jamais para prejudicá-lo.

13.4.9. Proibição de prova ilícita e proteção da intimidade e da privacidade

Um dos principais pontos de conflito está na relação entre a prova ilícita e o direito fundamental à intimidade e à privacidade, que é tutelado em níveis constitucional e infraconstitucional, em vários dispositivos (ver, por exemplo, o art. 5.º, incisos X, XI e XII, da Constituição, e o art. 21, do Código Civil).

O direito fundamental à intimidade e à privacidade resguarda a vida íntima e a vida privada da pessoa. Por vida íntima se entende a esfera que diz respeito

ao relacionamento da pessoa consigo mesma; por vida privada, a esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa com um número restrito de pessoas (família, amigos etc.).

Isso, por si só, é suficiente para que se conclua, por exemplo, que se a prova foi obtida sem invasão das vidas íntima e privada da pessoa, não haverá, a princípio, qualquer violação dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Por exemplo: não é ilícita a utilização de imagens captadas por detetive particular que flagra o cônjuge do seu cliente, em via pública, com a amante.

Já se a captação de imagens é feita dentro do quarto de um motel, ou dentro do apartamento do amante, ou em qualquer outro local resguardado à privacidade do casal, poderá ser inadmitida, porque ilícita.

Considera-se *lícita* também a utilização de imagens captadas por câmeras escondidas em estabelecimentos comerciais e nas áreas comuns dos condomínios. Também por conta disso, não se considera ilícita a prova obtida através de escuta ambiental, quando os interlocutores falam em voz alta, permitindo a captação do diálogo.

13.4.10. Proibição de prova ilícita e sigilo telefônico

Ainda no que diz respeito ao direito fundamental à intimidade e à privacidade e o seu ponto de tensão com o direito à prova, há uma questão bastante interessante e corriqueira, que é aquela que se relaciona ao sigilo das comunicações telefônicas.

Há, basicamente, duas situações bastante expressivas: (i) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por uma delas, sem o conhecimento/consentimento da outra, caso em que se está diante da chamada *escuta telefônica*; (ii) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por um terceiro, sem o conhecimento/consentimento dos interlocutores, caso em que se está diante da chamada *interceptação telefônica*.

No primeiro caso, da escuta telefônica, tem-se admitido a prova como lícita, sobretudo nos casos em que a divulgação do seu conteúdo ocorrer por motivo justificado (como, por exemplo, a defesa de legítimos interesses em juízo). No segundo caso, da interceptação telefônica, tem-se entendido que a prova é ilícita, salvo se tiver sido precedida de autorização judicial.

13.4.11. Interceptação telefônica para instrução processual civil

Não se admite, a partir de uma interpretação literal da Lei n. 9.296/1996, a autorização judicial para a interceptação telefônica para a produção da prova no juízo cível.

O art. 5º, XII, da CF/1988 a autoriza apenas para a investigação criminal ou instrução processual penal. Eduardo Cambi, investigando o assunto, chama atenção de que o texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, quando da promulgação da Constituição de 1988, era diferente daquele que hoje se apresenta. Dizia o texto originário: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”. A Comissão de Redação acrescentou no texto aprovado as expressões “no último caso” e, ao final, “instrução processual penal”. Com isso, restringiu a possibilidade de interceptação apenas às comunicações telefônicas e tão somente para fins de instrução em processo *penal*¹⁶⁶.

Para Cambi, há, aí, é uma norma inconstitucional, seja por vício de competência, seja por violação do devido processo legislativo. Desse modo, seria perfeitamente possível a quebra de sigilo telefônico para outras modalidades processuais, como o processo civil, bastando que o magistrado, no exercício do seu controle difuso de constitucionalidade, interprete e aplique adequadamente o inciso XII do art. 5º da Constituição.

A Lei n.º 9.296/96 regulamenta a interceptação telefônica apenas para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. Caso se entenda possível a interceptação telefônica no âmbito cível, poderia ela ser aplicada por analogia. A autorização judicial para a quebra do sigilo deve ser prévia, embora se venha admitindo, excepcionalmente, a autorização posterior (convalidação).

Há precedente do STJ autorizando, excepcionalmente, a interceptação telefônica para a instrução de um processo cível de competência da vara da infância e da juventude, sob o fundamento de que a conduta investigada também era criminosa (STJ, 3ª T., HC n. 203.405/MS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 28.06.2011).

A doutrina, em sentido majoritário, não admite a interceptação telefônica para a instrução processual civil. De todo modo, e quanto a isso não há mais muita discussão, é possível utilizar, como prova emprestada, no juízo cível, a interceptação telefônica autorizada no âmbito penal – sobre o tema, ver item sobre a prova emprestada, neste capítulo.

13.4.12. Decisão baseada em prova ilícita: nulidade e rescindibilidade

A prova ilícita é defeituosa e acarreta a nulidade da decisão que a toma por base, desde que o faça como único ou principal fundamento. Não se trata de prova falsa – prova que não corresponde à verdade. Trata-se de prova nula. A distinção é

166. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 95.

sutil, mas importante; a ação rescisória, por exemplo, deve fundar-se no art. 966, VI, CPC¹⁶⁷.

A decisão somente será nula ou rescindível se fundada exclusivamente na prova ilícita; se houver outro fundamento que, por si, sustente a decisão, não há razão para invalidar ou rescindir o julgado¹⁶⁸.

13.5. Sistema de valoração da prova pelo juiz: convencimento motivado ou persuasão racional

13.5.1. Generalidades

O CPC consagra, seguindo a tradição brasileira, o sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

As provas, por isso, não possuem um valor *a priori*, determinado por uma alguma norma geral.

O Direito brasileiro não adota, como regra, o sistema da “prova legal”, no qual cabia ao legislador a atribuição de valor a cada prova, cumprindo ao órgão julgador apenas a tarefa de constatar que prova fora produzida em determinado caso e reconhecer-lhe o valor que a lei lhe atribuiu.

Mas o convencimento do juiz tem de ser motivado – o convencimento não é livre, nem pode ser íntimo, como acontece no Tribunal do Júri. O órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que lhe foi atribuído. Por isso, dá-se a esse sistema o nome de “convencimento motivado” ou “persuasão racional”.

Trata-se de exigência que se justifica como forma de evitar “juízos discricionários”, “puramente subjetivos”, “solipsistas” do órgão julgador; além disso, a exigência serve para permitir e facilitar o controle da decisão.

13.5.2. “Livre” convencimento motivado

O CPC-1973 enunciava que o juiz “apreciará livremente a prova”. O CPC atual não mais se vale do advérbio “livremente”. Não é por acaso. A valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações, conforme examinado. Além disso,

167. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 400-402.

168. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114.

o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse.

Todas as referências ao “livre convencimento motivado” foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015.

Não é mais correta, então, a referência ao “livre convencimento motivado”, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões judiciais. A mudança, uma das mais importantes do ponto de vista simbólico do novo CPC, não pode passar despercebida – ela foi claramente inspirada nas provocações de Lênio Streck.

13.5.3. Limites à valoração da prova pelo juiz

13.5.3.1. Prova constante dos autos, corolário do princípio do contraditório

O CPC-2015 inovou ao deixar clara a necessidade de a prova valorada constar dos autos do processo (art. 371, CPC). Somente se admite a valoração de prova que tenha sido produzida e que conste dos autos do processo. Prova que não esteja nos autos não pode servir como fundamento da decisão.

Isso é corolário do contraditório: se estiver nos autos, a prova passou pelo contraditório; se não estiver, isso significa que ao menos uma das partes não pôde participar da sua produção, muito menos manifestar-se sobre a prova produzida. Para fim de valoração da prova, vale a máxima antiga, agora consagrada expressamente: “Quod non est in actis non est in mundo” (o que não se encontra nos autos do processo, não está no mundo).

13.5.3.2. Motivação racional

Não é qualquer motivação que serve para atender ao comando do art. 371 do CPC.

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico.

O seu principal objetivo é justificar racionalmente a decisão, de modo que seja possível controlar também a racionalidade dessa justificativa. O juiz não deve produzir um discurso superficial, meramente retórico, vazio de conteúdo, ao qual

se adere por emoção, gerando um consenso irracional. A decisão não deve ser encarada como resultado de adivinhação, de um jogo de dados ou da interpretação do “voo dos pássaros”, de acordo com o sugestivo exemplo de Michelle Taruffo¹⁶⁹.

Neste sistema, veda-se, na apreciação dos fatos, juízo de equidade: o magistrado “não pode considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial, devendo isso sim basear-se em juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral”¹⁷⁰.

Por isso, não se admite decisão fundada em critérios de fé, baseada em concepções religiosas ou místicas. Não se admite, assim, decisão que reconheça força probatória a uma carta psicografada, por exemplo – nesse sentido, a juntada de carta psicografada é uma prova ilícita¹⁷¹.

13.5.3.3. *Motivação controlável*

A motivação, além de racional, deve ser controlável. Reputa-se controlável a motivação que seja clara e pública. O julgador deve ser claro em sua fundamentação, que não se dirige apenas às partes, mas também a toda comunidade de jurisdicionados interessados na formação daquele precedente. Além disso, tem de ser pública: não se admite, no Brasil, motivação secreta ou íntima, conforme visto (salvo previsão do art. 145, §1º, CPC).

13.5.3.4. *Regras episódicas de prova legal*

Há regras específicas de “prova legal” que permanecem em nosso ordenamento jurídico.

Nesses casos, o legislador atribui à determinada prova um valor – por vezes, o legislador retira de determinada prova qualquer valor, proibindo que o órgão julgador decida com base nela. Nesses casos, há um claro limite à valoração da prova pelo juiz. O juiz somente poderá superar essa regra legal se demonstrar a sua inconstitucionalidade ou a falta de razoabilidade, no caso concreto.

As normas que regulamentam legalmente o (des)valor de determinadas provas servem como técnicas desenvolvidas para evitar arbitrariedades judiciais – decisões lastreadas em nenhuma ou qualquer prova, mesmo quando manifestamente

169. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 194.

170. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 163.

171. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. “Carta psicografada como fonte de prova no processo civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 234. Também publicado em *Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito – questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas*. (coorg. Rafael José Nadim de Lazari; Renato Bernardi; Bruno Blanco Leal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

inidôneas. Essas normas estão espalhadas pela legislação material e processual, e normalmente tratam de questões relacionadas à admissibilidade ou à valoração da prova. São resquícios¹⁷² do sistema da prova legal, que impunha aquilo que se convencionou chamar de tarifamento das provas¹⁷³.

São alguns exemplos de prova legal, que ainda permanecem em vigor:

a) art. 55, §3º, da Lei n. 8.213/1991: “§ 3º A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento”;

b) a prova da emancipação extrajudicial somente pode ser feita por instrumento público (art. 5º, par. ún., I, Código Civil);

c) se o negócio jurídico contiver cláusula de somente valer por instrumento público, ele somente poderá ser provado por instrumento público (art. 109, Código Civil);

d) doação de imóvel somente se prova por instrumento (art. 541, Código Civil);

e) promessa de compra e venda de imóvel somente se comprova por instrumento (art. 1.417 do Código Civil);

f) o penhor rural somente se comprova por instrumento (art. 1.438 do Código Civil);

g) o penhor industrial ou mercantil somente se comprova por instrumento (art. 1.448 do Código Civil).

A existência de dispositivos legais relacionados à prova não impede a apreciação do material probatório pelo julgador; apenas a direciona, estabelecendo parâmetros que devem ser observados e, se for o caso, afastados¹⁷⁴.

172. “Sequelas”, na expressão de Ovídio Baptista da Silva. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 348.

173. Sobre o sistema da prova legal, ver, amplamente SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 1, p. 354 e segs.

174. Considerando-as limitadoras e injustificáveis, Mariuzla Franco: “Tais regras constituem resquícios da prova legal, que não mais se justificam em face das garantias constitucionais de independência e autonomia do juiz, as quais, junto ao dever de motivação, asseguram a imparcialidade com que deve atuar no processo”. (FRANCO, Mariuzla. “Máximas de Experiência: Legitimação pela Fundamentação”. In: Luiz Guilherme Marinoni. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 396). Já Francisco Rosito (*Direito Probatório: As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43-44) e Pedro Luiz Pozza (“Sistemas de apreciação da prova”. In: Danilo Knijnik. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221-222) reconhecem, de alguma forma, a coexistência de ambos os sistemas.

Pensar de modo contrário seria exumar um sistema de valoração que, em sua versão rigorosa, já há muito tempo fora banido das legislações modernas.¹⁷⁵

Temos, portanto, um sistema de valoração das provas de acordo com o convencimento do julgador, balizado em alguns momentos pelo legislador,¹⁷⁶ como forma de evitar decisões arbitrárias, baseadas em interpretações bem pessoais do material probatório formado, bem como, e por isso mesmo, resguardar a segurança jurídica¹⁷⁷.

13.5.3.5. Respeito às regras da experiência

O julgador não pode valorar as provas contra as regras (máximas) da experiência.

Não pode, por exemplo: não aceitar a lei da gravidade; dizer que a mistura das cores amarela e azul não resulta na cor verde; afirmar que, em zona em que há engarrafamentos diários em horários de pico, o motorista dirigia em alta velocidade; que, nas zonas tropicais brasileiras, em água parada não há chance de mosquitos se reproduzirem etc.

As máximas da experiência servem como forma de controlar a valoração judicial da prova. Sobre as máximas da experiência, ver item neste capítulo do *Curso*.

13.6. Ônus da prova

13.6.1. Conceito. Dimensões (funções) objetiva e subjetiva

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu

175. E quando dizemos “há muito tempo” não nos valem de força de expressão. Veja-se o que dizia Eduardo Espínola, no início do século XX: “Não é o queixoso que escolhe os meios de prova e guia o juiz cegamente pelo caminho que melhor lhe aprouver. Não ha duvida que elle oferece as provas que lhe aproveitam; mas o juiz, que não é, na processualistica moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como tambem do queixado e até de terceiros, os elementos probatórios que, de accordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários á decisão da causa. Os clássicos princípios – o juiz deve julgar pelo alegado e provado – e – compete provar áquelle que allega – já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos Códigos mais modernos”. (ESPINOLA, Eduardo. *Código de processo civil do Estado da Bahia anotado*. Salvador, 1916, v. 1, p. 412-413).

176. Eis lição que parece ter sido escrita ontem: “...não obstante, porém, os princípios absolutos, que as leis teem estabelecido como regras invariaveis de certeza na colisão de provas, e em certos casos, elles pôdem apreciar-as livre e moralmente; e tal é o nosso systema de provas legais, que nem é o puro systema da convicção livre e natural dos juizes, e nem o systema de provas positivas e obrigatorias com as exagerações e erros que ensinavam os falsos interpretes de meia idade”. (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935, p. 102).

177. Também vendo razões para determinadas valorações abstratas da prova pelo legislador: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 282-288; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 91 e segs., com ampla fundamentação; AGUIAR, José Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977, v. 4, p. 176.

cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada *dinâmica*, porque feita à luz de uma situação concreta.

O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente *quem arca com a falta de prova*; são as chamadas *regras sobre ônus da prova*. Mas essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções).

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente *a quem* cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* (ônus *formal*, segundo Barbosa Moreira) ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”¹⁷⁸.

“O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*)”.¹⁷⁹

Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado *o non liquet*. É aí que entra a *segunda* perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma *regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em *ônus objetivo* (ou *material*, segundo Barbosa Moreira).

178. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

179. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. *Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.

“A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as conseqüências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*)”¹⁸⁰.

Flávio Luiz Yarshell, a despeito de utilizar essa terminologia, critica a qualificação do ônus da prova em *subjetivo* e *objetivo*. Em sua opinião, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)”¹⁸¹.

Sucede que, no nosso entendimento, as qualificações *subjetivo* e *objetivo* não têm por escopo determinar se o ônus é atribuído, respectivamente, às partes ou ao juiz. Falar em ônus sob uma perspectiva *objetiva* não implica atribuí-lo ao juiz. O juiz, naturalmente, não tem ônus de provar nada. O ônus de provar, nos moldes descritos pelo legislador, é *das partes*. O que se quer dizer é que as mesmas regras que disciplinam a distribuição do ônus (que as partes têm) de provar devem servir de parâmetro *objetivo* para que o juiz, ao decidir, possa imputar as conseqüências negativas de eventual ausência de prova de uma alegação de fato à parte que, desde o princípio, tinha o encargo de prová-la.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (*ônus subjetivo*), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*)¹⁸²⁻¹⁸³ – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

180. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da Prova”. *Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.

181. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 65.

182. Conferir, sobre a distinção, CARPES, Artur Thompsen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Kijniak (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34; GÔES, Gisele. *Teoria Geral da Prova – apontamentos*. Coleção temas de processo civil. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Coord. Fredie Didier Junior. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 53.

183. Interessante a correlação do ônus subjetivo e objetivo com os princípios inquisitivo e dispositivo: “Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, a regra sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. (...) Em sentido subjetivo, a ideia de ônus da prova liga-se mais

“O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* assume real importância na *ausência de prova*: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório”.¹⁸⁴

A análise e eventual aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva *objetiva* será feita apenas *após* o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. Somente então o magistrado vai verificar se as alegações de fato estão, ou não, provadas. Quanto àquelas que estão provadas, tem-se entendido, como visto no item dedicado ao estudo do princípio da aquisição processual da prova, que não é determinante, no momento da análise judicial do material probatório, discernir quem produziu a prova trazida aos autos¹⁸⁵.

Não se deve, porém, minimizar a *importância da função subjetiva* das regras sobre ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto à eventual influência que, sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado.

Como se verá adiante, exatamente porque as regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão é que eventual redistribuição desse ônus (com aplicação da inversão do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.

Correta, portanto, a lição de Artur Carpes: “se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva”.¹⁸⁶

fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo). (TESHEINER, José Maria Rosa. “Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)”. In: Luiz Guilherme Marinoni. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 355).

184. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 61.

185. Assim, Barbosa Moreira: “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar a certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores (...)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 75).

186. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*, cit., p. 54. O autor criticou elegantemente o nosso posicionamento anterior, que de fato poderia dar a impressão de que minimizávamos a importância da dimensão subjetiva, quando, em verdade, desde sempre defendemos a necessidade de proteção das expectativas processuais das

Mesmo, porém, no momento *do julgamento*, o chamado *ônus subjetivo da prova* pode, eventualmente, contribuir para influenciar o convencimento do magistrado.

À luz da presença ou da ausência de prova quanto a determinada alegação de fato, pode não ser de todo irrelevante saber quem, em princípio, deveria tê-la produzido. Flávio Luiz Yarshell lembra, corretamente, que “na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum cepticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração”¹⁸⁷.

Assim, *pode ser* que haja, sim, relevância em analisar se uma prova que está nos autos efetivamente foi carreada por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com indiscutível facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo. Essa análise pode contribuir para uma leitura do comportamento das partes e para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo, o que, somado a outros elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da sua tese¹⁸⁸.

13.6.2. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária

As regras do ônus da prova, em sua *dimensão objetiva*, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza.

Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente.

Por essa razão, diz-se que: *a)* com o *juízo de verossimilhança*, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; *b)* da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento¹⁸⁹.

partes sobre o tema, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta todo o *Curso*; aclaramos as nossas ideias e agradecemos a crítica construtiva que nos foi feita.

187. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 64.

188. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 62-63.

189. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 619.

13.6.3. Distribuição legal do ônus da prova

13.6.3.1. Generalidades

Como dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (art. 373, CPC). Segundo a distribuição legislativa, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

O réu pode defender-se simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de fazer prova – sem excluir a possibilidade de contraprova abaixo mencionada. Trata-se da chamada *defesa direta*, examinada no v. 1 deste *Curso*. Mas se trazer *fatos novos (defesa indireta)*, aptos a modificar o direito do autor, extingui-lo ou impedir que ele nasça, cabe-lhe o encargo legal de prová-los, afinal de contas é seu interesse que esse direito não seja reconhecido.

A posição do réu é, nesse sentido, até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o

fato constitutivo do direito pelo autor¹⁹⁰. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu.

Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: a) provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente alegado; ou b) provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu limitou-se a negá-lo, sem aduzir nada de novo, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A contraprova pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato¹⁹¹.

O réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivo, impeditivo ou modificativo do direito afirmado¹⁹². A prova de todos esses *fatos novos*, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

Pode ser *conatural* ao direito, já nascendo com ele – ex.: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por prazo prescricional ou decadençial), cuja ocorrência gera extinção do direito – ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (ex.: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição¹⁹³.

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

Pode ser *conatural* ao fato gerador – como, por exemplo, o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio – ou a ele *anterior*, tal como a incapacidade. Mas, jamais, será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de um requisito de validade do ato gerador.

Chiovenda¹⁹⁴, em clássica explicação do fato impeditivo, assevera que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são

190. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 379; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 324.

191. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 380; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, cit., p. 393.

192. Conceitos baseados nas lições de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 07 ss.

193. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 08.

194. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 08 e 09.

circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

O fato *impeditivo* é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) “são igualmente necessárias à existência do direito”¹⁹⁵. É o que se observa não só no contexto dos fenômenos jurídicos, como também dos fenômenos naturais, como demonstra o autor italiano já citado:

Constata-se que, no âmbito dos fenômenos jurídicos, enquadra-se como fato impeditivo do nascimento de um direito, em regra, a ausência dos requisitos de validade do fato gerador (sempre ato jurídico) e como fato constitutivo do direito a presença dos seus pressupostos de existência.

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Essa é, porém, apenas a regra geral que estrutura o processo.

A distribuição do ônus da prova pode ser feita *dinamicamente*, à luz das circunstâncias do caso, ora pelo juiz, ora pelas próprias partes.

13.6.3.2. A “inversão *ope legis*” do ônus da prova

Há casos em que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova – ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Há quem denomine esses casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC.

Rigorosamente, não há aí qualquer *inversão*¹⁹⁶; há, tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata

195. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 10.

196. “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão

do *ônus da prova*, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 373 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

A inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de *presunção legal relativa*. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe a outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu.

Bom exemplo de inversão *ope legis* é o da prova de propaganda enganosa, em causas de consumo.

O art. 38 do CDC determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer a prova.

13.6.3.3. Prova diabólica. Prova duplamente diabólica

A prova diabólica¹⁹⁷ é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”¹⁹⁸.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”¹⁹⁹.

do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 208).

197. Também chamada “prova difícil” (Cf. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171).

198. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 12.

199. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*, cit., p. 157.

Há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo.²⁰⁰

Sucedem que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica, conforme se verá no próximo item (ex.: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*, muito semelhante à prova *prima facie* de que falamos linhas atrás.

“Outro instrumento de reacção à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*”²⁰¹.

Em outras palavras, esse “abaixamento do grau de convicção” de que fala o excerto transcrito quer dizer que o magistrado estaria autorizado a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se –, como se verá no item a seguir.

É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que Marinoni²⁰² chama de “situação de inesclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus

200. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 12.

201. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*, cit., p. 159.

202. MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7-8.

da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, §2º, CPC).

Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.

Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência²⁰³.

Tome-se o seguinte exemplo, extraído da doutrina de Gerhard Walter²⁰⁴. Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos – como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social, em sua defesa, sustenta que o falecimento deu-se por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excluído denexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento ou colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma “situação de inesclarecibilidade”.

Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes deste viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexode causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da “inesclarecibilidade”, devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes da sentença – em tempo de exercer o contraditório –, para, empós, condená-lo a indenizar a vítima.

203. MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7 e 8. Para o autor, porém, a inversão do ônus da prova deve se dar na própria sentença, posicionamento que, atualmente, é *contra legem* (art. 373, §1º, CPC).

204. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 277 e 278.

Parece que, nestes casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência, para se convencer da ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de Kazuo Watanabe exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança (prova *prima facie*).

13.6.3.4. Ônus da prova de fato negativo

Fato negativo pode ser objeto de prova.

Atualmente, a ideia de que os *atos negativos* não precisam ser provados – decorrente do brocardo *negativa non sunt probanda* – há muito já não tem valor²⁰⁵. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

Impende distinguir, entretanto, as negativas *absolutas* das *relativas*.

A *negativa absoluta* é a afirmação pura de um não-fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Já a *negativa relativa* é afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando lembramos dos “álibis” (ex.: na noite do reveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos *absolutamente* negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insusceptíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição²⁰⁶.

Ora, ao tratarmos das características do fato probando, já foi dito que é indispensável que seja ele *determinado*, isto é, identificado no tempo e no espaço. É dessa regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova. Não é possível, por exemplo, provar que a parte nunca esteve no Município

205. “Em primeiro lugar, em muitíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 377). Sobre o tema, ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 495; CÔES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.

206. LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e 33; CÔES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.

de Candeias. Nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que ela (a parte) esteve lá.

Em alguns casos, a negativa absoluta e indefinida pode ser provada – ou, ao menos, presumida –, a partir do uso de mecanismos específicos.

É possível provar, por exemplo, a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais. Cabe presumir, outrossim, que um indivíduo não é inadimplente, no âmbito mercantil/consumerista, com uma certidão negativa do SPC e da SERASA.

A viabilidade de demonstração de negativas indefinidas deve-se, sobretudo, ao fato de existirem certos órgãos centralizadores de dados, informações e registros, aptos a atestar fatos deste viés – muitos deles estatais (ex.: Receita Federal, DETRAN, Cartórios de Imóveis etc.).

No mais, inegável é a possibilidade de prova de negativa absoluta por confissão extraída em depoimento pessoal.

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia (não-fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico.

Nas *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LIII, §10, encontrava-se curiosa regra nesse sentido: “Posto que seja regra que a negativa não se pode provar, e por conseguinte se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita em depoimento”.

Para Arruda Alvim, neste caso (das negativas relativas), o ônus da prova será bilateral (de ambas as partes)²⁰⁷, o que não parece adequado, pois esse tipo de ônus “compartilhado” não funciona como regra de julgamento. Ora, como deve o juiz julgar a causa se nenhuma das partes desincumbiu-se do seu ônus (imposto a ambas)?²⁰⁸ Todo ônus de prova deve ser unilateral.

Assim, neste particular, é preciso distinguir duas diferentes hipóteses.

207. ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*, 8 ed., v. 2, cit., p. 495.

208. Reflexão suscitada pelo advogado e professor Valton Pessoa.

Quando a parte deduz uma *negativa relativa* como *não-fato constitutivo do seu direito*, cabe a ela o ônus de demonstrar indiretamente sua não-ocorrência, com a prova do fato positivo correlato. Por exemplo, se um indivíduo pretende afastar judicialmente uma multa de trânsito (direito potestativo), sob o argumento de que não conversava ao celular, na condução do seu veículo, no dia 12 de novembro de 2007, às 09h00, na Avenida Otávio Mangabeira (fato negativo), porque estava com seu veículo estacionado, neste mesmo momento, na Zona Azul, em frente à Casa do Comércio (fato positivo), cabe-lhe o encargo de provar, de forma indireta, o fato negativo, com a demonstração do fato positivo que a ele corresponde.

Mas é possível que a parte deduza negativa relativa, em sua defesa, para *dementir fato constitutivo do direito do seu adversário*; nega o fato trazido pela contraparte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não-ocorrência.

O ônus é unilateral e pode o juiz agir de duas diferentes formas: *a)* ou mantém a regra legal de ônus de prova, que impõe ao autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC) – sendo que, feita a prova pelo autor, só resta ao réu a possibilidade de contraprova; *b)* ou, percebendo que o adversário (réu) tem melhores condições de atender ao encargo probatório, inverte o ônus da prova (na fase de saneamento ou instrução) – distribuindo dinamicamente o ônus da prova, como será visto em item a seguir –, para que ele (réu) prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo (e novo) por ele aduzido.

Imagine-se que o autor afirmou que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade na Avenida Anita Garibaldi, na manhã do dia 02 de junho de 2007, e o atropelou (fato positivo constitutivo do seu direito). O réu, em sua defesa, assevera que não estava na condução do seu carro no dia e na hora apontados (fato negativo), pois já o tinha transferido, nesta data, a terceiro (fato positivo correlato)²⁰⁹. Aplica-se, como dito, a regra geral (art. 373, I, CPC), cabendo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito – o que não exclui a possibilidade de o juiz distribuir dinamicamente o ônus da prova, por considerar que a outra parte tem melhores condições de provar o contrário.

209. Para Leo Rosenberg, a prova de não-fato não é tão difícil quanto se afirma em nossa doutrina. Basta se comprovar a ocorrência ou não das circunstâncias que falam em favor do fato positivo correlato: “Pero se em algún caso la comprobación de la no existencia de um hecho resultara especialmente difícil, y, en cambio, muy fácil la comprobación de su existencia, el tribunal podrá y deberá tomar la circunstancia de que el adversario no suministra la prueba de la inexistencia y ni siquiera trata de suministrarla, como motivo para declarar lè inexistencia del hecho gracias a su libre apreciación de la prueba”. Mas em nenhum caso, conclui, a dificuldade de fornecer a prova pode levar a uma modificação das regras de ônus de prova, conclusão com a qual não se concorda, como se verá adiante. (*La carga de la prueba*. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 378).

13.6.4. Distribuição convencional do ônus da prova

O §3º do art. 373 do CPC permite que as próprias partes distribuam o ônus da prova mediante convenção²¹⁰, que pode ser firmada antes ou mesmo no curso do processo (art. 373, §4º).

Tem-se aí típico *negócio jurídico processual*.

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. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida.

A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, 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.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre ônus da prova quando: a) recair sobre direito indisponível da parte (art. 373, §3º, I); b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, §3º, II). Esse negócio jurídico, então, pode ser realizado tanto extrajudicialmente, como judicialmente, após o início do processo.

Bem analisadas essas situações, parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos *disponíveis* ou *indisponíveis*. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando *mais fácil* para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada. O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito²¹¹.

Exemplo de convenção que recai sobre fato ligado a direito indisponível e é, nada obstante, válida: em termo de ajustamento de conduta, determinada empresa se compromete a adequar o seu processo produtivo às diretrizes de proteção ao meio ambiente, assumindo o ônus de, na hipótese de ser demandada, provar que as providências adotadas e materiais utilizados não agridem o equilíbrio do meio ambiente.

210. Sobre o tema, conferir o excelente trabalho de Robson Renault Godinho: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

211. No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 125.

Percebe-se que, no contexto, discute-se direito indisponível (direito fundamental ao meio ambiente equilibrado) e a convenção recai sobre fato a ele vinculado (atos de degradação do meio ambiente), mas não compromete o seu exercício – antes o facilita.

A convenção sobre ônus da prova é útil exatamente nos mesmos casos em que se permite a distribuição feita pelo juiz, conforme será visto adiante.

O art. 51, VI, CDC, cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no CPC. É como se houvesse um terceiro inciso no §3º do art. 373 do CPC. Esse dispositivo “não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor”²¹².

Uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz²¹³. Aplica-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz.

É relevante destacar que as convenções sobre o ônus da prova não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado.²¹⁴ Realizado o negócio probatório, permanece a possibilidade de atuação do magistrado, que pode realizar atividade probatória, desde que em seus limites, tendo tal convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.

Tendo em vista essa situação, certa doutrina defende a inoperância da inversão negocial, pois os poderes instrutórios do magistrado prevaleceriam sobre essa convenção, sendo possível ao magistrado determinar a produção das provas ainda que as partes houvessem pactuado diversamente.²¹⁵ Ocorre que esse posicionamento doutrinário encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, como cediço, por conta do princípio da comunhão da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória²¹⁶.

Na verdade, assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. Em nenhuma das

212. NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 416.

213. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova*, cit., p. 178.

214. DONOSO, Denis. “A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51, p. 61.

215. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002, p. 70-71.

216. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. “Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova”. *Revista de Processo*, no prelo.

possibilidades de dinamização é impedida a atividade probatória do órgão julgador.²¹⁷ Acontece que, havendo essa inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes – ônus subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado²¹⁸.

A doutrina não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos”²¹⁹. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é sintomático que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prossiga um silêncio – que em certo modo é eloquente – sobre a autonomia das partes para regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”²²⁰.

13.6.5. Distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

13.6.5.1. Generalidades

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de *distribuição dinâmica do ônus da prova* – embora, como já se viu, também ser dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC). A decisão que

217. Nesse exato sentido, já afirmou o STJ que “A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil”. (STJ, REsp 696.816/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 06.10.2009, publicado DJe de 29.10.2009).

218. Macêdo, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 126-127.

219. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova*, cit., p. 30.

220. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova*, cit., p. 8.

não redistribui o ônus da prova não pode ser impugnada por agravo de instrumento; se for o caso, o interessado deverá impugná-la por ocasião da apelação ou das contrarrazões de apelação (art. 1.009, §1º, CPC).

É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma das partes. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do §1º do art. 373²²¹.

A técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação.

Visa-se ao equilíbrio das partes (art. 7º, CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo²²².

O processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral revelar-se com elas incompatível.

O CPC prevê a possibilidade de distribuição do ônus da prova pelo juiz. O CDC também o faz, para as causas de consumo – e sempre em favor do consumidor; a previsão do CPC não faz distinção em relação ao beneficiário da inversão, que pode ser o autor ou a parte.

A regra do CPC é, por isso, regra geral. Esse item examinará as duas.

De todo modo, ambas devem observar pressupostos *formais*. Assim, primeiramente serão examinados os pressupostos formais para a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz e, em seguida, os pressupostos materiais, específicos de cada uma das hipóteses.

É importante registrar, finalmente, que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova; a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir *a regra que se inverte com a regra que autoriza a inversão*. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento²²³.

221. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 232-234. De forma semelhante, SILVA, Ricardo Alexandre da. *Dinamização do ônus da prova no Projeto do Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Fredie et alii (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 552.

222. Neste particular, Manuel Domínguez chama atenção para a necessidade de cautela ao se considerar a facilidade/dificuldade probatória como critério de distribuição. Facilidade e dificuldade são termos que podem prestar-se a abusos, alerta. Sustenta, ainda, que a distribuição judicial deve complementar a distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos – em que as regras objetivas sejam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestamente injustos (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 122 e 123).

223. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 11; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da*

13.6.5.2. Pressupostos formais gerais

A redistribuição do ônus da prova pelo juiz depende da observância de três pressupostos formais.

13.6.5.2.1. Decisão motivada

A redistribuição deve ser feita em decisão motivada (art. 373, §1º, CPC). Embora prevista expressamente no CPC, a exigência de motivação para a decisão que redistribua o ônus da prova é um imperativo do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É preciso atentar, ainda, para um aspecto muito importante: as hipóteses normativas que autorizam a distribuição do ônus da prova pelo juiz são recheadas de conceitos jurídicos indeterminados. O inciso II do §1º do art. 489 do CPC reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Interessante, ainda, o posicionamento de Eduardo Cambi que, embora se refira à redistribuição feita em causas de consumo, serve como orientação geral: o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica²²⁴.

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do domínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados²²⁵.

13.6.5.2.2. Momento da redistribuição

O juiz deve redistribuir o ônus da prova *antes de proferir a decisão*, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Essa exigência está expressamente prevista na parte final do §1º do art. 373 do CPC, mas *é aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo*.

Prova segundo as peculiaridades do caso concreto, cit., p. 05 a 07; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 182 e 183; CAMBI, Eduardo. *A Prova Cível. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 343.

224. CAMBI, Eduardo. *A Prova Cível. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 420.

225. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 202.

Trata-se de exigência que prestigia a *dimensão subjetiva* do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório.

O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC.

É bom que fique claro: não é possível a *inversão judicial do ônus da prova* feita na sentença. “Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”.²²⁶ O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto.²²⁷

Por outro lado, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado *caso a caso*; ou seja, é considerar que a possibilidade de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador.

Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório.

A previsão da parte final do §1º do art. 373 do CPC encerra, assim, longa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. No STJ, o tema já havia resolvido, no sentido apontado no texto e defendido por esse *Curso* desde a sua primeira edição: regra de inversão judicial do ônus da prova é regra de procedimento e, por isso, deve ser aplicada *antes da decisão* (STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012).

226. GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 13, p. 38. No mesmo sentido, quanto ao momento da inversão judicial, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 418 segs.; CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 40 segs.; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, p. 212-213; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 217-218; MENDES Jr., Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004, p. 89.

227. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 214; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.

A leitura desse acórdão é imprescindível para a compreensão histórica da discussão²²⁸.

13.6.5.2.3. Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa

A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus (art. 373, §2º, CPC). Trata-se de um pressuposto negativo para a sua aplicação prática.

Exatamente porque a existência de prova diabólica é muita vez o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.²²⁹

Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação em que a parte pleiteava a condenação de empresa telefônica à indenização por danos morais pela realização de ligações indevidas de cobrança, recusou a inversão do ônus da prova, sob o prisma do CDC. Para tanto, argumentou que “seria impossível para o Banco fazer prova da ausência de coação ou ameaça ao demandante”.²³⁰ Em outras palavras, a modificação do ônus da prova não poderia ser feita na hipótese em que tornaria impossível que a outra parte dele se desincumbisse.

Nas hipóteses em que identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inescclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável²³¹.

13.6.5.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

O §1º do art. 373 do CPC consagra uma regra geral de *inversão judicial do ônus da prova* ou *distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz*.

228. É importante deixar registrado um rol de alguns autores que defendiam que a *inversão judicial do ônus da prova* pudesse ser feita na sentença – posicionamento que, atualmente, contraria expresso dispositivo de lei: WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 735; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-84; LOPES, João Baptista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-51.; NERY JR., Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 1, p. 217.

229. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-186.

230. TJRS, Apelação Cível Nº 70037339751, 14ª Câ. Cív. Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, j. 26/08/2010.

231. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 212-213.

Trata-se de regra que pode ser aplicada *ex officio*, em benefício de qualquer das partes. Mas não pode ser aplicada “para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado”²³²

Com essa amplitude, é regra sem precedentes no Direito brasileiro.

O CPC consagrou, legislativamente e com aperfeiçoamentos, a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (na Argentina, onde foi bem desenvolvida, chamada de *teoria das cargas probatórias dinâmicas*²³³).

No Brasil, a teoria foi bastante desenvolvida e discutida²³⁴, a ponto de haver precedentes judiciais²³⁵ que a aplicavam, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse expressamente.

Agora, há tratamento normativo expresso.

Além dos pressupostos formais, já examinados, o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto *material*.

232. KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 181; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 947.
233. Sobre a visão argentina, longamente, PEYRANO, Jorge W (org.). *Cargas Probatórias Dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinariedade e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Comunitas, 2009, p. 118-119.)
234. Sobre o tema, SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n.6; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788; CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 36 e 37; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 07; LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*, cit., 51 e 52; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit., KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175-179; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n.31; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 344-346; GODINHO, Robson Renault. “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2; CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit..
235. STJ, 4ª T., REsp n. 69.309/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18.06.1996, publicado no DJ de 26.08.1996, p. 29.688; STJ, 1ª T., RMS n. 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 23.09.2014; STJ, 3ª T., REsp n. 1.286.704/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.10.2013, publicado no DJe de 28.10.2013.

Primeiro pressuposto material – prova diabólica. O §1º do art. 373 do CPC autoriza a distribuição do ônus da prova nos casos em que há “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”. Essa é a hipótese clássica de *inversão judicial do ônus da prova*, reivindicada há muitos anos pela doutrina²³⁶ e aceita pelos tribunais. Sobre a prova diabólica, ver item precedente.

Segundo pressuposto material – maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Também é possível a redistribuição judicial do ônus da prova quando, à luz do caso concreto, revelar-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra. Neste caso, a redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de quem o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir.

Uma situação clássica em que há maior facilidade probatória é nas ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgias e tratamentos médicos. Nessas situações, especialmente quando há necessidade da discussão acerca da culpa na cirurgia ou no tratamento, em geral, o médico terá maiores condições de demonstrar a regularidade ou não de sua atuação profissional²³⁷.

A melhor condição de produzir provas é *fato* a ser objeto de prova. Trata-se, porém, de fato que pode ser presumido pela natureza da causa (prova *prima facie*) ou aferido a partir de declarações e documentos constantes nos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato terá de ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá²³⁸.

A proposta de Danilo Knijnik²³⁹, pensada para o CPC-1973, que não possuía dispositivo expresso sobre o tema, ajuda muito a compreender o §1º do art. 373 do CPC e pode ser um ponto de partida doutrinário – embora a redação do dispositivo seja mais elástica do que o posicionamento por ele defendido.

Para o autor, a redistribuição judicial do ônus da prova somente deveria ser cabível nos casos de: *a) hipossuficiência probatória*, quando o adversário da parte goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário

236. Para Alexandre Câmara, essa deveria ser a única hipótese: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 14-15.

237. CREMASCÓ, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, cit., p. 103; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 181.

238. BARBERIO, Sérgio José. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 102-104.

239. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 180 ss. Confirma-se, também, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 946 ss.

e os exames do paciente); b) *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/colaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e só aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Uma situação que pode ser imaginada é a possibilidade de alteração da situação fática no decorrer do processo provocar uma nova redistribuição dos encargos probatórios. Ou seja, pode ser que, após realizada a dinamização, a parte que, inicialmente, não detinha condição de arcar com o ônus de provar determinado fato venha a adquiri-lo e a situação contrária, em que a outra parte deixa de possuir a hiper-suficiência probatória que legitimou a dinamização. Nas duas situações, seria viável uma nova redistribuição dos encargos probatórios, desde que haja decisão motivada e a oportunização da parte se desincumbir desse novo ônus.²⁴⁰

O dispositivo aplica-se ao processo do trabalho. Nesse sentido, enunciado n. 302 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

13.6.5.4. A inversão do ônus da prova feita pelo juiz em causas de consumo

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão judicial (*ope iudicis*; “por obra do juiz”) do ônus da prova. Este é um dos “casos previstos em lei” a que se refere a primeira parte do §1º do art. 373, CPC.

O art. 6º, VIII, permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos litígios que versem sobre relações de consumo: a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente. A redistribuição deve sempre ser feita *em favor do consumidor*.

a) Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras, para, redistribuindo o ônus da prova, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária²⁴¹.

240. CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, cit., p. 91-93; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 198-200.

241. Note que Kazuo Watanabe entende que não é propriamente caso de inversão do ônus da prova: “O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com

b) Verificando que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir a prova do quanto alegado²⁴² –, o juiz deve supor que as alegações do consumidor sejam verdadeiras, determinando que a contraparte passe a ter o ônus da prova contrária.

Em ambos os casos, a inversão é sempre uma decisão do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

Basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos²⁴³.

A doutrina, que exige sempre a presença da verossimilhança, lembra que a tese de que os pressupostos sejam alternativos não implica a inversão baseada em alegações absurdas. As alegações não se dividem em absurdas e verossímeis. Entre esses dois extremos, há as que geram dúvidas, mas em que se encontra presente uma situação de insuficiência probatória, sendo justificada a inversão do ônus da prova. Caso a alegação seja absurda, o magistrado formará a convicção da inexistência da ocorrência do fato, sequer havendo a necessidade de inversão do ônus da prova, que depende de um estado de dúvida.²⁴⁴

14. PROVA EMPRESTADA

14.1. Generalidades

“A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”²⁴⁵.

base nas máximas da experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”. O autor parece equiparar o instituto à *prova prima facie*, ou prova de primeira aparência ou por verossimilhança. (WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 617.)

242. Para fazer essa análise o juiz deve ponderar fatores como as dificuldades de acesso a informações, dados ou documentação, o grau de escolaridade, sua posição social, seu poder aquisitivo etc.

243. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 326 e 327; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 413. Assim, também, STJ, AgRg no REsp n. 906.708/RO, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.05.2011, publicado no DJe de 30.05.2011. Em sentido diverso, Antônio Gidi, defendendo que a inversão só é autorizada quando presentes ambos os pressupostos – afinal, afirma, é sempre imprescindível que a alegação do consumidor seja verossímil (GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 03, p. 584).

244. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 129-130.

245. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 91, p. 93.

A prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental. A prova emprestada é instituto que se relaciona ao princípio da eficiência (economia processual), sobretudo porque, pelo aproveitamento de uma prova já produzida, evita-se a sua reprodução, com economia de tempo e dinheiro.

O art. 372 do CPC prevê, expressamente, a prova emprestada – diferentemente do CPC-1973. A prova emprestada era amplamente aceita pela doutrina e pelos tribunais, porém. Era, à época, exemplo de prova atípica.

Qualquer meio de prova pode ser tomado de empréstimo: depoimento, exame pericial, confissão e inspeção judicial. Não há sentido na importação da prova documental, pois bastará a juntada da cópia do documento.

É possível importar a prova produzida em qualquer espécie de processo: penal²⁴⁶, cível, trabalhista, arbitral e administrativo²⁴⁷ (o que inclui o inquérito civil público). O processo de origem pode ser estrangeiro, inclusive.

A prova emprestada pode ser determinada *ex officio* pelo juiz, tendo em vista o seu poder instrutório²⁴⁸.

14.2. Respeito ao contraditório

O CPC exige que o empréstimo da prova observe o princípio do contraditório. Não poderia ser diferente.

O contraditório deve ter sido observado no processo de onde se importa a prova e deve ser observado no processo para onde a prova é trasladada.

Somente é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do processo em que foi produzida – a prova não pode ser usada contra quem não participou da sua produção.

Essa importação não precisa ser requerida por quem tenha sido parte – um terceiro pode pedir o empréstimo da prova; o que é preciso é que aquele contra quem se pretende utilizar a prova tenha participado da sua produção. Se aquele quer requer a importação da prova e aquele contra quem a prova pretende ser produzida forem terceiros em relação ao processo onde a prova se produziu, não há problema na sua importação: como nenhuma das partes participou da formação da prova, qualquer delas pode pedir a importação; o contraditório será garantido

246. STJ, 1ª T., AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 24.940, rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. em 18.02.2014.

247. STJ, 2.ª T., RMS 33628/PE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 02.04.2013, publicado no DJe de 12.04.2013.

248. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 91, p. 107.

no processo para onde a prova foi trasladada (para essa última situação, STJ, Corte Especial, EREsp n. 617.428-SP, rel. Mina. Nancy Andrichi, j. em 4.6.2014)²⁴⁹.

14.3. Critérios de valoração da prova emprestada

A doutrina identifica alguns critérios para a valoração da prova emprestada pelo juiz.

a) A prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo: se se toma de empréstimo uma perícia, a eficácia da prova emprestada será a de uma perícia etc..

b) A eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução: se a prova pode ser reproduzida, sem maiores custos, a prova emprestada tem diminuído o seu valor probante.

14.4. Prova emprestada produzida em segredo de justiça

Eduardo Talamini examina a questão da prova emprestada que tenha sido produzida em segredo de justiça:

a) o terceiro não pode pedir o empréstimo da prova produzida em processo em que houve segredo de justiça;

b) “as partes do processo que tramita sob segredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo da prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue – quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório”²⁵⁰

É possível, porém, a importação da prova, em tais casos, para um processo que envolva as mesmas partes – não poderá, por exemplo, se no processo importador houver assistente ou litisconsorte estranho ao processo de onde se importa a prova.

14.5. Prova produzida por juízo incompetente

Não há problema na importação de prova que tenha sido produzida por juízo incompetente. Os atos de produção de prova não se invalidam pelo reconhecimento

249. Sobre a concretização do princípio do contraditório na utilização da prova emprestada, conferir o enunciado n. 52 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária”.

250. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 91, p. 107.

da incompetência – somente os atos decisórios é que *podem* ser invalidados – e mesmo assim não necessariamente o serão.

Caberá ao juiz do processo que importa a prova dar à prova emprestada o valor que entender que ela mereça.

14.6. Intercepção telefônica autorizada no processo penal como prova emprestada no juízo cível

Existem precedentes do Supremo Tribunal Federal, admitindo traslado de intercepção telefônica devidamente autorizada no juízo ou inquérito criminal, como prova emprestada para o âmbito estritamente administrativo.

No Informativo do Supremo Tribunal Federal de n. 464 de 2007, noticiou-se decisão dada em questão de ordem nos autos do Inquérito n. 2424 que autoriza transferência de dados obtidos por intercepção eletrônica em inquérito/processo penal para outras esferas judiciais ou administrativas.

Neste julgado, “considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de intercepção lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar (...) equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da intercepção para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível à gravidade do eventual ilícito administrativo”.

Afirmam que o ilícito penal também repercute na esfera administrativa, enquadra-se como ilícito desta natureza, que deve ser apurado e sancionado na forma da lei. E não se deve privar, dizem, essa investigação de prova essencial, em nome da preservação de uma intimidade que já fora devassada. Foi vencido o Min. Marco Aurélio alegando ofensa o art. 5º, XII, da CF/1988. No mesmo sentido, STJ, RMS n. 16.429-SC, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 3.6.2008).

Também assim, observa-se o posicionamento da 3ª Seção do STJ (MS n. 14405-DF, j. em 26.05.2010), no sentido de admitir prova emprestada de processo criminal para o âmbito disciplinar – mais especificamente para o PAD – Processo Administrativo Disciplinar. Conferir, ainda, STJ, 3ª S., MS n. 14.140/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 26.09.2012, publicado no DJe de 08.11.2012; STJ, 1ª S., MS n. 16.146-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 22.5.2013, publicado no informativo 523; STF, 2ª T., HC n.

102.293, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 24.05.2011, DJE-239. Se é possível emprestar a prova para um processo administrativo, tanto mais para um processo jurisdicional – pense-se, por exemplo, no uso dessa prova em processo de improbidade administrativa²⁵¹.

15. PRECLUSÃO PARA O JUIZ EM MATÉRIA DE PROVA

O juiz, na decisão de saneamento e organização do processo, deverá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória a ser realizada em audiência de instrução e julgamento (art. 357, II, CPC) ou antes dela, como no caso de prova pericial.

A existência de uma decisão de organização da atividade instrutória traz dúvidas quanto ao regime da preclusão das decisões judiciais em tema de prova.

Surgem ao menos cinco questões:

a) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, com a definição das provas a serem produzidas, preclui a possibilidade de determinar a coleta de outras provas?

b) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, em que se deferiu a produção de determinada prova, pode o juiz retroceder, rejeitando-a?

c) proferida a decisão de organização da atividade instrutória, em que se indefere a produção de determinada prova, pode o juiz arrepender-se e determinar sua realização?

d) determinada a produção da prova de ofício, pode o juiz dela desistir?

e) determinada a produção da prova a requerimento da parte, pode a própria parte requerente desistir dessa produção?

A resposta às perguntas depende que se registre uma premissa: tirando a decisão que redistribui o ônus da prova (art. 1.015, CPC), as decisões sobre prova, proferidas pelo juiz, não são impugnáveis por agravo de instrumento – ou seja, não são recorríveis imediatamente; se o interessado quiser, deverá impugná-las por ocasião do recurso contra a sentença, a apelação. Assim, como não cabe recurso imediato, a preclusão em relação a essas decisões somente pode ser cogitada após o prazo para a apelação ou para as contrarrazões de apelação.

251. Na doutrina, a favor, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120-121; NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 203; contra, TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”, cit., p. 108.

O sistema da recorribilidade das interlocutórias, no CPC, é bem confuso. De acordo com o parágrafo único do art. 1.015, cabe agravo de instrumento de decisões interlocutórias proferidas em liquidação, processo de inventário e partilha, execução e cumprimento de sentença. Não há qualquer restrição quanto ao cabimento do agravo de instrumento nesses casos. Assim, pode acontecer de, em liquidação, por exemplo, o juiz indeferir a produção de uma prova. De acordo com o art. 1.015, CPC, caberá agravo de instrumento – isso porque não cabe apelação em liquidação. O mesmo ocorre se a decisão de indeferimento se houver dado em processo de inventário e partilha – que é um processo de conhecimento. Se essa mesma decisão houvesse sido proferida na fase de conhecimento, em outros processos, porém, não caberá agravo de instrumento. Há um claro *nonsense* no sistema: decisões sobre produção de prova no processo cujo propósito é exatamente produzir certeza jurídica não são impugnadas imediatamente; mas em execução, cujo propósito é efetivar o direito a uma prestação, elas são agraváveis. Os tribunais e a doutrina terão uma tarefa árdua pela frente: dar coerência e razoabilidade a esse sistema.

Assim, vamos às respostas.

Para a primeira questão, a resposta é simples: decorre de expresso texto de lei. Não há preclusão para que o juiz exerça o seu poder instrutório, à luz do art. 370, CPC. Mesmo proferido a decisão de organização da atividade probatória, o juiz pode, mais tarde, determinar realização de outras provas, caso entenda que essa providência é necessária à instrução do feito²⁵² - observados, obviamente, os limites ao exercício do poder instrutório, tal como examinado no item respectivo.

Aliás, é justamente aí que tem aplicabilidade o referido art. 370: complementar a atividade probatória realizada a requerimento das partes, caso essa se mostre insuficiente a ponto de o julgador permanecer em dúvida acerca de alguma questão de fato. Não é à toa que a doutrina admite tranquilamente que o juiz, ao fim da instrução, em vez de sentenciar, converta o julgamento em diligência probatória, retornando à fase instrutória. Além disso, a possibilidade de alegação de fatos supervenientes (arts. 493 e 1.014, p. ex.) também justifica a produção de prova inicialmente não determinada na decisão de organização da atividade instrutória.

Ainda sobre o tema, é preciso lembrar a possibilidade de produção de prova em instância recursal, aceita com certa tranquilidade em relação a alguns meios de prova (documental, inspeção judicial e interrogatório, conforme será visto nos capítulos respectivos), mas que pode ser estendida a qualquer outro meio de prova, em

252. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 2002, cit., p. 54; MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.), 2004, cit., p. 989; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 645.

razão do pensamento aqui defendido, que permite a aplicação do art. 370 do CPC a qualquer órgão jurisdicional. O §3º do art. 938 do CPC ratifica essa possibilidade. A propósito, ver o v. 3 deste Curso, que tem item dedicado exclusivamente à produção de provas em tribunal.

Já para a segunda e a terceira questões, a resposta não é tão simples.

A resposta à segunda questão é negativa; o juiz não pode retroceder. Ao autorizar a produção das provas solicitadas, atribui-se à parte um direito à produção daquela prova (art. 5º, IV, CF) que não pode ser subtraído pela decisão do julgador. Operou-se preclusão consumativa. Até porque, bem se sabe, se o juiz de primeira instância ficou satisfeito com as provas já produzidas, formando seu convencimento, o mesmo talvez não se possa dizer do tribunal que revisará o julgamento em grau de recurso: serão aquelas provas para ele suficientes? Afinal, a decisão final e definitiva será a dos órgãos da instância recursal.²⁵³

A solução, porém, pode ser outra se, no caso concreto, o magistrado concluir que a produção da prova revela-se desnecessária ou excessiva, *em razão de fato superveniente* à decisão que a deferiu – como, por exemplo, no caso de a outra parte confessar que os fatos afirmados pelo autor são verdadeiros.

Em relação à decisão que *indefer* a produção da prova, a situação é diferente: como não cabe agravo de instrumento, recurso imediato, não se pode falar em preclusão nesse momento – a preclusão somente acontecerá se o interessado não discutir essa decisão no momento do recurso contra a sentença. Como não há preclusão imediata, parece que a melhor solução é permitir que o juiz reconsidere e autorize a produção da prova. Vale a lição de Daniel Assumpção: “Se necessária a produção de determinada prova para a melhor solução, não resta dúvida de que deve ser produzida. Não se pode aqui falar em perda de direito da outra parte em não ver aquela prova ser trazida aos autos, já que tal direito não pode prevalecer quando comparado com a busca pela melhor e mais perfeita prestação jurisdicional”.²⁵⁴

A resposta às questões “d” e “e” variará conforme a produção da prova tenha sido determinada de ofício ou a requerimento da parte interessada. No primeiro caso, o juiz somente pode refluir se houver fato novo que justifique essa conduta – surge para as partes o direito à produção da prova. No segundo caso, está-se diante de negócio processual probatório unilateral que, sendo válido, deve ser respeitado: a prova não será produzida.

253. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 266 e ss. Segundo mesmo autor, há quem defenda o contrário, fundados todos na máxima da economia processual, evitando dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro. E, em sentido oposto, Eduardo Cambi, sob o argumento de que, na audiência preliminar, o juiz só tem uma visão superficial dos pontos controvertidos e das provas necessárias, razão por que sua decisão sobre as provas pode ser revista depois. Não há preclusão, diz, pois a prova é questão de ordem pública (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 434 e 435).

254. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 270.

Produção antecipada da prova

Sumário • 1. Generalidades – 2. Natureza jurídica – 3. Fundamentos do pedido de produção antecipada de prova e petição inicial – 4. O processo de justificação – 5. Competência – 6. Tutela provisória liminar do direito à produção da prova – 7. Citação dos interessados – 8. Despacho inicial e esboço do procedimento – 9. Defesa e recursos – 10. Pedido contraposto de produção antecipada de prova – 11. Intervenção de terceiro atípica: ampliação do polo passivo – 12. Sentença e entrega dos autos.

1. GENERALIDADES

O direito à prova é um direito fundamental de conteúdo complexo. O tema foi examinado no capítulo sobre a Teoria Geral da Prova, neste volume do *Curso*.

O direito à *produção* da prova é um dos que compõem o complexo de situações jurídicas que se chama direito à prova.

O direito à produção da prova tem ganhado cada vez mais relevância; sua autonomia tem sido tão destacada, que o CPC resolveu criar uma ação probatória autônoma genérica, cujo conteúdo é exatamente a afirmação do direito à *produção* da prova.

A *ação de produção antecipada de prova* é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria. É, pois, ação que se busca o reconhecimento do *direito autônomo à prova*¹, *direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária*².

É ação que se esgota na produção da prova – tão somente. Não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente. A valoração da prova

1. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 419.

2. Leonardo Greco enxerga procedimentos probatórios de jurisdição voluntária, em que a atividade do juiz é de simples aquisição da prova, tal como na justificação. Já no que se refere à produção antecipada de provas e a exibição de documentos, concorda com Tesheiner (TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 156 ss.) “terão natureza contenciosa ou voluntária conforme o processo principal a que sirvam tenha uma natureza ou outra natureza” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28).

será feita em outro momento; isso se houver necessidade, pois o requerente pode não ajuizar futura demanda.

Pode-se requerer a antecipação da produção de *qualquer*³ prova, ressalvada a prova documental, cuja produção antecipada se pede por meio da *ação de exibição*. Diferentemente do CPC-1973, que previa a produção antecipada de prova oral ou pericial, o CPC não faz essa restrição: é possível pedir a produção antecipada de qualquer prova.

O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal; a ação de exibição de documento (que era prevista no rol dos meios de prova e como “ação cautelar”).

O CPC atual fundiu (unificou) a produção antecipada de prova e a justificação, em um único procedimento, em que se permite a produção de qualquer prova, independentemente da demonstração de urgência. Além disso, o CPC atual previu a ação de exibição de documento ou coisa apenas no rol dos meios de prova – e não mais como ação cautelar, no que agiu muito bem.

Este capítulo é dedicado ao estudo da *ação de produção antecipada de prova*, tal como regulada pelos arts. 381-384 do CPC.

A produção antecipada de prova pode ser requerida como um incidente processual, no bojo de um processo já em curso. Os arts. 381-384 do CPC regulam a ação autônoma de produção antecipada de prova, proposta antes da chamada ação principal.

Nada obstante o silêncio normativo, é possível, sobretudo em situações de urgência, requerer a produção antecipada de prova incidentalmente, valendo o regramento da produção antecipada autônoma como modelo.

2. NATUREZA JURÍDICA

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência⁴. A

3. Na linha do que já pugnava a doutrina: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 190; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 421 e 442-445; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 254.

4. A possibilidade de uma ação probatória sem o pressuposto da urgência era reivindicada há tempos pela doutrina brasileira: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit.; NEVES, Daniel Assumpção. *Ações probatórias autônomas*, cit.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2.

circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial*. É jurisdição voluntária pelo fato de que *não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova*.

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas.

Segundo Yarshell, trata-se de ação que se reveste de *duplicidade peculiar*. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes não é muito relevante. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas as partes⁵. Este é o fundamento, aliás, do §3º do art. 382, adiante examinado.

3. FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E PETIÇÃO INICIAL

Na petição inicial, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova (causa de pedir); além disso, deverá indicar, com precisão, os fatos sobre os quais a prova há de recair (art. 382, *caput*, CPC), o que é indispensável para que o pedido seja determinado.

Embora não haja menção no CPC, caso pretenda a produção de prova testemunhal, o requerente já tem de apresentar, na petição inicial, o rol de testemunhas; se pretender a produção de prova pericial, a indicação do assistente técnico e a formulação dos quesitos periciais, se for este o desejo do requerente, também se impõe. Essa exigência decorre da simplicidade do procedimento de produção antecipada de prova, que praticamente se reduz à produção da prova.

O art. 381 traz as situações que justificam o pedido de produção antecipada de prova:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação. Esta é a tradicional situação que justifica a produção antecipada de prova: o risco de a prova não mais poder ser

5. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 330-331.

produzida. Busca-se, então, a produção de uma prova que “perpetue a memória da coisa” (prova *ad perpetuam rei memoriam*).

Uma testemunha está para morrer; o objeto da perícia está para perecer; o dano ambiental está, aos poucos, sendo absorvido pela natureza etc. A produção antecipada de prova tem, neste caso, o propósito de evitar a lesão ao direito à produção da prova e, por isso, tem caráter inibitório.

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Eis aqui uma novidade do CPC atual. O direito à produção da prova nasce do fato de, com a prova produzida, surgir chance para a solução do caso por autocomposição.

Não se pressupõe urgência, muito menos risco de que a prova não possa ser produzida futuramente. Estimula-se a propositura da ação probatória autônoma, na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver o problema consensualmente.

Essa previsão reforça a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz. A prova também se dirige às partes; a prova também serve para que as partes formem o seu convencimento sobre a causa e, a partir daí, tracem as suas estratégias.

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Mais uma novidade do CPC. Também aqui há o reforço à ideia de que as provas também possuem as partes como destinatárias. Busca-se a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável.

O §1º do art. 381 prevê uma quarta hipótese de produção antecipada de prova. Há casos em que se busca *apenas* a informação sobre os bens que compõem uma universalidade (uma biblioteca, um rebanho, uma herança, um patrimônio etc.). Não se pretende a obtenção de qualquer medida constritiva (tutela cautelar). Nesse caso, temos o *arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória*⁶, sem qualquer conotação constritiva. Trata-se de ação probatória muito útil como preparatória de uma ação divisória ou ação em que haverá partilha.

Há, ainda, outras situações em que é cabível a produção antecipada de prova.

Pode-se buscar a produção da prova para viabilizar a admissibilidade de uma demanda. É o que ocorre quando se visa permitir a formulação de um pedido líquido, mediante quantificação realizada

6. O legislador acolheu proposta de YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 442-445.

em perícia antecipada?; ou constituir documento indispensável para o ajuizamento de ação monitória (art. 700, §1º, CPC). É, realmente, um excelente aperfeiçoamento da legislação, que tende a ser muito utilizado na prática. Esses são casos em que se pode considerar, inclusive, que a produção da prova poderá “justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III, CPC).

É possível utilizá-la, também, para preparar o lastro probatório de futuro pedido de tutela provisória. A possibilidade de uma “justificação prévia” em caso de tutela provisória de urgência sinaliza nesse sentido (art. 300, §2.º, CPC).

4. O PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO

A justificação é a coleta e registro escrito de prova testemunhal, seja para servir como simples documento, sem natureza contenciosa⁸, seja para servir de prova em processo regular, até mesmo de natureza administrativa. Seu objetivo primordial é, pois, justificar um fato – qualquer fato probando⁹ – ou relação jurídica que devem ser expressamente identificados na petição inicial.

É o que se dá com o requerimento de justificação de fatos relevantes para fins previdenciários, utilizada para instruir pedidos respectivos, bem como com a justificação promovida por servidor público que pretende evidenciar fato relativo à sua vida funcional, visando integrar ou corrigir registros da repartição administrativa em que atua¹⁰.

A ação de justificação permanece prevista no CPC, no §5º do art. 381: “§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

Conforme visto no item introdutório, o CPC unificou a ação probatória autônoma, fundindo a *produção antecipada de prova* e a *ação de justificação*, tal como haviam sido reguladas pelo CPC-1973. A doutrina postulava essa fusão, em razão da superposição que havia entre os procedimentos – a produção antecipada de prova

7. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 3-5.

8. A ausência de litigiosidade deixa-a próxima a uma coleta extrajudicial de prova testemunhal, anunciada como tendência em outros países como a França (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 424).

9. Que pode ser um fato jurídico ou fato ainda não jurídico; um fato lícito ou ilícito; um fato positivo ou negativo. Em sendo fato jurídico, pode ser jurídico em sentido estrito, ato-fato, ato jurídico, negócio jurídico (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 312-313; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12, p. 224.

10. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: LEUD, 2005, p. 350.

(CPC-1973) servia à prova testemunhal, mas pressupunha urgência; a justificação apenas servia à prova testemunhal, e dispensava a urgência¹¹. Simplificação procedimental muito bem-vinda¹².

5. COMPETÊNCIA

Havia muitas dúvidas, ao tempo do CPC-1973, sobre a competência para processar a ação probatória autônoma.

O CPC atual pretendeu resolver as principais controvérsias sobre o tema.

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 381 do CPC trazem as respectivas soluções.

O §2º cria hipótese de foros concorrentes para a produção antecipada da prova: do juízo do foro onde esta deva ser produzida¹³ ou do juízo do foro de domicílio do réu. O §2º prevê a possibilidade *forum shopping*, então. Por ser regra de competência territorial, e não haver qualquer ressalva legal, o caso é de competência relativa.

Conforme visto no v. 1 deste *Curso*, no capítulo sobre competência, uma vez existente, o direito de escolha do juízo competente deve ser exercido conforme os princípios da competência adequada e da boa-fé processual. A observação é importante, pois não há sentido algum, por exemplo, na propositura de uma produção antecipada de prova pericial sobre um imóvel em foro distinto do local do imóvel, onde a prova será produzida – se assim fosse, seria uma ação para pedir ao juízo a expedição de uma carta precatória, o que sob qualquer ponto de vista, inclusive a partir do princípio da eficiência (art. 8º, CPC), não faz sentido¹⁴.

O foro do domicílio do réu deve ser encarado, no caso, como *foro excepcional*, cabível, por exemplo, no caso de produção antecipada de depoimento da parte, hipótese em que o domicílio do réu é realmente o mais adequado.

O §3º resolve antiga controvérsia sobre se a produção antecipada de prova gera ou não prevenção do juízo para a ação que venha a ser proposta. Encampando a orientação consagrada há muitos anos pelo antigo Tribunal Federal de Recursos (n.

-
11. Yarshell reconhecia não haver distinção substancial entre elas (YARSHHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 422). Já Daniel Assumpção Neves concluiu pela inutilidade da produção antecipada de prova testemunhal, em razão da existência da justificação autônoma independente de urgência, e que só exige a demonstração de sua utilidade (*Ações probatórias autônomas*, cit., p. 353).
 12. Encampou-se sugestão defendida há alguns anos por este *Curso* (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 265).
 13. Dispositivo claramente inspirado no art. 83º, 1, “d”, do CPC português: “d) As diligências antecipadas de produção de prova serão requeridas no tribunal do lugar em que hajam de efetuar-se”.
 14. “Não teria nenhum sentido pretender instaurar a medida em uma cidade, para deprecar a oitiva de testemunha para outro local, quando esta é a única finalidade da ação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008, p. 270-271).

263 da súmula do antigo TFR), o CPC dispõe que a produção antecipada da prova *não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta*. A ação posterior seguirá as regras gerais sobre competência. A controvérsia, agora, tem utilidade meramente histórica¹⁵.

O art. 15, II, da Lei n. 5.010/1966, atribuía ao juízo estadual a competência para processar *ação de justificação* em face de ente federal, caso na localidade não haja vara federal. Como houve a *unificação* das ações probatórias, o legislador houve por bem *generalizar* a regra, que antes era prevista apenas para a justificação. O §4º do art. 381 atribui ao juízo estadual a competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

6. TUTELA PROVISÓRIA LIMINAR DO DIREITO À PRODUÇÃO DA PROVA

O fato de ser processo de jurisdição voluntária não significa que, em situações excepcionais, não se possa buscar uma tutela provisória do direito à produção da prova.

Seria uma tutela provisória de urgência liminar, sem citação prévia e participação dos demais interessados, em casos de extrema urgência (ex.: risco de vida para a testemunha, por exemplo) – ressaltando a possibilidade de o requerido, posteriormente, requerer a complementação da medida, no que for possível¹⁶.

Assim, a liminar na medida de antecipação da prova – ou seja, uma tutela provisória satisfativa do direito à produção da prova antecipada, por mais estranho que pareça – se justificaria quando fosse tamanha a urgência, a ponto de não haver tempo para citação do requerido. Seria uma espécie de *tutela provisória fundada exclusivamente na urgência*.

Também se admite essa medida liminar quando o réu, uma vez citado, pudesse frustrar a medida em sua utilidade, justificando-se a postergação do contraditório para o momento seguinte ao da realização da diligência.

Nesses casos, acolhida a defesa do requerido, só resta ao juiz não homologar a prova, subtraindo-lhe eficácia¹⁷.

15. Sobre a controvérsia, DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 255-256.

16. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 319. Também admitindo a medida “*inaudita altera parte*” SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 399. Pontes de Miranda admite a possibilidade de não haver tempo a esperar, intimando-se de imediato as partes e/ou testemunhas a ser inquiridas a acompanhar a inquirição, que pode ser realizada de pronto (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 198).

17. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 267-268.

Importante esclarecer, no entanto, que se não for acolhida a defesa e a prova for trasladada para eventual e futuro processo de certificação, poderá ter seu valor e eficácia ali comprometidos, ao menos no que se refere àquele que não participou de sua produção.

7. CITAÇÃO DOS INTERESSADOS

Como em qualquer procedimento de jurisdição voluntária, os interessados devem ser citados; neste caso, os interessados na produção da prova devem ser citados para acompanhá-la (art. 382, §1º, CPC). A citação exerce papel importantíssimo, pois é a condição de eficácia da prova perante aqueles contra quem se pretende que a prova seja utilizada¹⁸.

A peculiaridade é que, neste procedimento, o juiz determinará, *até mesmo de ofício*, a citação dos *interessados* na produção da prova. Ou seja: caso o juiz entenda que há algum interessado na prova do fato ou na produção da prova, cuja citação não tenha sido requerida, poderá determiná-la *ex officio*. É uma hipótese típica de intervenção *iussu iudicis*¹⁹.

Pode haver produção antecipada de prova *unilateral* – o requerente quer a prova apenas para formar o seu convencimento, a princípio sem finalidade contenciosa. Essa medida cabe quando os fatos só forem pertinentes à pessoa do justificante, como, por exemplo, a ação promovida para demonstrar a própria idoneidade financeira²⁰. Isso é possível, pois o fato diz respeito exclusivamente à pessoa do requerente; não serve para prova de relação jurídica, em que sempre haverá mais pessoas envolvidas que deverão ser necessariamente citadas.

Há quem defenda que, na justificação *unilateral* de fato, avalie-se a conveniência de uma citação por edital de eventuais interessados incertos, por precaução²¹.

Nesse caso, dispensa-se a citação de interessados – é o que dispõe a parte final do §1º do art. 382 do CPC.

18. Pontes de Miranda diz ser a citação condição de eficácia da justificação para seus destinatários (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 224).

19. A amplitude da disposição normativa remete, claramente, ao disposto no art. 91 do CPC-1939, que consagrava a intervenção *iussu iudicis* genérica: “Art. 91. O juiz, quando necessário, ordenará a citação de terceiros, para integrarem a contestação. Se a parte interessada não promover a citação no prazo marcado, o juiz absolverá o réu da instância”.

20. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 479; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 224.

21. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 479.

8. DESPACHO INICIAL E ESBOÇO DO PROCEDIMENTO

Ao receber a petição inicial, o juiz procederá ao juízo de admissibilidade, que, como visto, é bem singelo.

Em seguida, determinará a citação dos interessados.

Após a manifestação dos interessados, o órgão jurisdicional, mantido o juízo de admissibilidade positivo do processo: a) designará audiência de instrução e julgamento e fixará prazo para apresentação de rol de testemunhas (se por acaso já não constar na petição inicial), caso seja determinada prova oral; b) nomeará perito, formulará quesitos, fixará os honorários periciais e o prazo para a entrega do laudo, determinando, enfim, que as partes indiquem seu assistente e formulem seus quesitos (se já não o tiverem feito na petição inicial), caso seja determinada prova pericial; c) designará dia e hora da realização de inspeção judicial, se for o caso.

Caso se busque a produção de uma perícia, nada impede que as partes se valham do direito previsto no art. 471 do CPC e escolham consensualmente o perito.

9. DEFESA E RECURSOS

O § 4º do art. 382 do CPC dispõe que, no procedimento da produção antecipada de prova, não se admitirão defesa e recurso (salvo contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário).

É certo que o processo de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção da prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum.

Mas daí a dizer, como o faz o §4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar. Além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe.

Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal.

Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova²², a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de

22. Por exemplo, inaceitável é requerer antecipação de prova oral nos casos em que lei exige prova documental (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 266).

incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc.²³ Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto do contraditório em outro processo²⁴.

Não há prazo legal de oferecimento da contestação. Cabe ao juiz fixá-lo, levando em consideração a complexidade do ato a ser praticado (art. 218, §1º, CPC). Se o juiz não o fixar, o prazo será de cinco dias (art. 218, §3º, CPC).

Quanto ao recurso, cabe um esclarecimento. Se a decisão rejeitar totalmente a produção da prova, o caso é de sentença apelável – daí a expressa previsão legal. Se, porém, o requerente cumular pedidos – produção de mais de uma prova – e o juiz não admitir, por decisão interlocutória, a produção de apenas uma delas, o caso é de agravo de instrumento – está-se diante de uma decisão interlocutória de mérito (art. 1.015, II, CPC).

10. PEDIDO CONTRAPOSTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

O CPC permite que os interessados possam requerer, no procedimento de produção antecipada de prova, a *produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato probando* (art. 382, §3º, CPC)²⁵. Há ampliação do mérito do processo, com a formulação de demanda de produção antecipada de prova pelo requerido, sem necessidade de instauração de novo processo. Os interessados poderão formular esse requerimento, no prazo que têm para manifestar-se (art. 382, §.º, CPC), respeitados os limites temporais da regra da estabilização objetiva do processo e a necessidade de “produção conjunta” das provas sem “acarretar excessiva demora” (art. 382, §3.º, CPC).

Como há clara restrição *cognitiva* – a prova deve restringir-se ao mesmo fato probando –, essa permissão encaixa-se bem no *tipo* “pedido contraposto”: demanda formulada pelo réu, no mesmo processo em que está sendo demandado, restrita aos fatos discutidos na causa.

Embora o texto normativo fale apenas em “mesmo fato”, como a produção antecipada de prova também pode dizer respeito a uma “relação jurídica” (art. 381, §5º), é preciso que se entenda a possibilidade de pedido contraposto de produção antecipada de prova também para essa hipótese.

23. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 267; THEODORO Jr., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 320; SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 402-403; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 249.

24. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 267.

25. Na linha do que já sugeriu a doutrina, inclusive este *Curso* (DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 259).

Trata-se, como se vê, de regra de simples compreensão e aplicação: se um dos sujeitos parciais do processo possui interesse na produção de outro meio de prova sobre o mesmo fato, é bem razoável permitir que essa prova seja produzida no mesmo processo. Há *evidente* conexão probatória, a justificar a reunião das demandas e processo simultâneo.

O CPC permite, porém, que o juiz indefira o pedido contraposto, caso implique excessiva demora – é uma salvaguarda ao princípio da duração razoável do processo.

11. INTERVENÇÃO DE TERCEIRO ATÍPICA: AMPLIAÇÃO DO POLO PASSIVO

Vamos imaginar uma situação: o requerido, na produção antecipada de prova, pode vir a ser réu em futuro processo de conhecimento – uma ação de indenização, por exemplo; neste futuro processo, o requerido poderá denunciar a lide a terceiro; a prova que será utilizada contra o requerido é exatamente a prova cuja produção se pretende antecipar; o requerido certamente desejará utilizar a prova em face do futuro denunciado a lide.

Para casos assim, Cândido Dinamarco²⁶ cogitou a possibilidade de o requerido, ainda na produção antecipada de prova, trazer ao processo o futuro *denunciado a lide*, com o propósito de inclui-lo no âmbito de eficácia da prova que se pretende produzir. Essa atípica intervenção de terceiro ampliaria o polo passivo do processo de produção antecipada da prova; com isso, outra pessoa também ficaria submetida à prova produzida, que, na futura denúncia da lide, poderia ser utilizada.

As regras que permitem a intervenção *iussu iudicis* e a formulação de *pedido contraposto de produção de prova sobre o mesmo fato* indicam que a intervenção atípica proposta por Dinamarco não apenas é permitida, ela é recomendada. De um lado, há o indicativo de que é preciso incluir no processo de produção da prova todos quantos possam interessar-se pela produção da prova²⁷; de outro, admite-se claramente o alargamento do processo de produção antecipada de prova, desde que o processo permaneça restrito aos meus fatos.

12. SENTENÇA E ENTREGA DOS AUTOS

Encerrada a produção da prova, será proferida sentença constitutiva²⁸ e homologatória da prova. Nesta sentença, o juiz não valorará a prova nem se debruçará

26. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

27. O que autoriza que também sejam citados, na condição de interessados, todos aqueles que possam ser futuramente chamados para o processo ou queiram ingressar como assistentes.

28. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, p. 472; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 216 e 228.

sobre eventual direito material correspondente à alegação de fato que se buscava provar (art. 382, §2º, CPC)²⁹.

A valoração da prova será feita, se for o caso, na decisão que examinar o direito que se funda nos fatos cuja prova se pretendeu produzir na ação probatória autônoma; ou seja: ela somente será valorada pelo juiz se i) a parte vier a promover outra ação, em que afirma outro direito, cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente; ii) o juiz julgar a demanda, já em curso, que se funda em direito cujo suporte fático foi provado com a prova produzida antecipadamente.

A sentença deverá, ainda, conter um capítulo condenatório relativo às despesas processuais. As despesas processuais, a princípio, correm por conta do requerente da medida³⁰. É preciso lembrar que, de acordo com o §3º do art. 382, é possível que os interessados peçam a produção de outras provas sobre os mesmos fatos – ficam, por isso, responsáveis pelas despesas. Agora, se existirem outros interessados na diligência probatória, que opuserem algum tipo de resistência à sua realização, aquele que for, ao final, vencido, será condenado nas despesas adiantadas pelo requerente, inclusive nos honorários do seu advogado³¹. E, enfim, havendo outros interessados que participem sem resistir, as despesas serão rateadas entre todos eles (art. 88, CPC), o que deve constar na sentença final.

Publicada a sentença, ficarão os autos em cartório por um mês, para extração de cópias ou de certidões pelos interessados, sendo, ao fim, entregues ao requerente da medida (art. 383, CPC).

29. Encampou-se expressamente solução doutrinária antiga MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 227; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 259.

30. No entanto, se a prova ali produzida for utilizada em futuro processo de certificação do direito material, suas despesas se somarão às despesas do processo cognitivo e deverão ser desembolsados, ao final, pelo vencido (THEODORO JR, Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 322).

31. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 256. Neste sentido, STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no Ag n. 1.042.580/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 16.11.2010, publicado no DJe de 29.11.2010.

Depoimento pessoal

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Espécies: o depoimento por provocação e o interrogatório – 3. Depoimento do presentante e do representante – 4. Recusa de depor: 4.1. Noção; 4.2. Escusa de depor: 4.2.1. Noção; 4.2.2. Direito ou dever de silêncio; 4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes; 4.2.4. Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional; 4.2.5. Regra geral de escusa – 5. Procedimento do depoimento.

1. NOÇÕES GERAIS

O *depoimento pessoal* ou *depoimento da parte* é “o conjunto de comunicações (julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimentos de que se sirva o juiz para seu convencimento”¹. Trata-se de *meio* de prova que se vale da *parte* como *fonte* de prova. *Parte*, aqui, é termo que deve ser compreendido em sentido estritamente processual: autor, réu, assistente, denunciado, substituto processual, oponente etc.

Como lembra Mauro Cappelletti, a *parte* pode ser qualificada como a melhor *fonte de prova*, quando não a única, em razão das informações que possui, não obstante, em razão dos seus interesses pessoais, possa ser considerada a *fonte de prova menos confiável*².

O *depoimento da parte* justifica-se como meio de prova que efetiva a técnica da oralidade na colheita das provas, colocando as partes em contato imediato com o juiz que muito possivelmente julgará a causa³. O juiz “poderá das atitudes deste (sujeito da prova), da maneira pela qual responde, da natureza e das circunstâncias dos fatos narrados, ou da justificação da negativa dos fatos arguidos, encontrar manancial precioso para a formação de sua convicção”⁴.

É mais correta a designação *depoimento da parte*, em vez de *depoimento pessoal*, opção do CPC, “porque são pessoais os depoimentos das testemunhas e a confissão em depoimento da parte pode ser por procurador”⁵.

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a o Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 303.
2. *El testimonio de parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, v. 1, p. 4.
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 302; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3, p. 448-449.
4. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 141.
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 303. MAURO CAPPELLETTI, em sua monumental obra a respeito do assunto, também denomina o instituto de testemunho

O comparecimento da parte para depor é um *dever* que decorre do art. 379, I, CPC: “I – comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for perguntado”.

2. ESPÉCIES: O DEPOIMENTO POR PROVOCAÇÃO E O INTERROGATÓRIO

O sistema brasileiro seguiu o modelo italiano: há duas espécies de depoimento da parte, o *depoimento por provocação* e o *interrogatório*.

Há o *depoimento da parte por provocação*, requerido pela parte adversária, realizado na audiência de instrução e julgamento e determinado sob pena de confissão ficta, caso a parte *se recuse*⁶ ou *não compareça para depor* (art. 385, § 1º, CPC): tomar-se-ão por confessados os fatos afirmados em desfavor da parte que deveria ter-se apresentado para depor. A *confissão ficta*, neste caso, embora tenha natureza jurídica de *sanção*, será valorada pelo magistrado como se *confissão real* fosse (sobre a possibilidade de valoração judicial da *confissão*, ver o próximo capítulo, que é dedicado exclusivamente a esse meio de prova), inclusive podendo afastá-la, acaso os fatos *fictamente confessados* sejam *inverossímeis*.⁷

A *parte* deve ser intimada *pessoalmente*, com expressa menção, no mandado, à pena de *confissão ficta*, sob pena de nulidade do ato que aplicar essa sanção⁸ (art. 385, §1º, CPC).

A *parte* não pode requerer o *seu próprio* depoimento. As *declarações* de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu *favor*, na medida em que reforcem a convicção do julgador⁹.

O *interrogatório*, no processo *penal*, é encarado como um meio de *defesa do acusado*¹⁰, o que reforça a argumentação de que as declarações do *depoente* podem beneficiar-lhe. No processo penal, porém, há o *direito ao silêncio*, com todo o conteúdo da cláusula do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a manifestar-se), conduta que *lá* não pode implicar prejuízo ao réu¹¹. No direito processual civil

(depoimento) da parte (*El testimonio de parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, 2v).

6. “A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas, sem motivo justificado”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 58.)
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 310.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed., cit., p. 58.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 304.
10. Ver, por exemplo, dentre outros, LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 231; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 379 e segs; DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2, p. 252 e segs.
11. Art. 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer

também há o direito ao silêncio, que torna lícita a recusa de depor, em hipóteses adiante examinadas.

Há, também, o *interrogatório*, determinado *ex officio* pelo juiz, em qualquer estágio do processo, inclusive em instância recursal¹², não sendo possível, neste caso, entretanto, cominar a pena de *confissão ficta* para o caso de *não-comparecimento* ou *recusa* (art. 385, *caput, fine*, combinada com o art. 139, VIII, CPC).

A doutrina costuma não considerar o *interrogatório* como um meio de prova propriamente dito, mas, na verdade, um instituto cujo objetivo é o de esclarecer o magistrado sobre fatos da causa. Porém, convém apontar, “é sempre possível que dele extraia o juiz algum elemento de prova, a ser usado para formar sua convicção sobre os fatos articulados no processo”¹³.

O inciso VIII do art. 139 do CPC resolve antiga discussão sobre se a pena de confesso poderia ser aplicada na hipótese de não comparecimento ao interrogatório. Agora, está claro que não é possível. A discussão, então, passa a ter interesse histórico¹⁴.

Admite-se mais de uma convocação da parte ao interrogatório, bem como, por não visar à confissão, se permite a convocação de incapaz para depor. Como o *interrogatório* visa ao esclarecimento dos fatos, a princípio não há utilidade na ouvida, nesta condição, de representantes ou presentantes de pessoa jurídica, “que não tenham conhecimento dos fatos”¹⁵.

Em ambos os casos, a *confissão provocada* pode surgir, e é sempre essa a razão de ser última de qualquer depoimento da parte. A diferença é que, no *interrogatório*, a *confissão* não pode ser prevista como sanção ao não comparecimento ou à recusa a depor, condutas que podem ser avaliadas como *abusivas*, ficando a parte suscetível de punição por litigância de má-fé (art. 8o do CPC) e, para alguns autores, até mesmo a pena por crime de desobediência (desrespeito ao art. 379, I, CPC)¹⁶.

calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. *Parágrafo único*. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 304. Sobre a produção de provas em tribunal, ver item específico sobre o tema no v. 3 deste Curso.
13. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 35.
14. Seguiu-se, assim, pensamento defendido por vários doutrinadores (e por este Curso): MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed., cit., p. 58; LOPES, João Batista. “O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 97-98; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 36. Em sentido contrário, admitindo a fixação da pena de confesso no *interrogatório*, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 305.
15. Sobre todas essas questões, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 40-41.
16. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 37.

3. DEPOIMENTO DO PRESENTANTE E DO REPRESENTANTE

Discute-se, bastante, se o *depoimento da parte* é ato personalíssimo ou se pode ser praticado por *representante*.

Não é possível o *depoimento pessoal* do representante do incapaz, que, se depuser, o fará na condição de testemunha¹⁷.

Já em relação às pessoas jurídicas, o problema ganha maior vulto.

É preciso distinguir o *representante* da pessoa jurídica (o preposto, p. ex.), do seu *presentante*, que é órgão da pessoa jurídica que a torna presente, indicado no seu estatuto social

O *presentante* é, para todos os efeitos, a pessoa jurídica, que, se for convocada a depor pessoalmente, será *presentada* por ele. O problema é que o *presentante* age de acordo “com os limites do ato constitutivo da pessoa jurídica (ou em suas posteriores deliberações). E não se concebe preveja o ato constitutivo de empresa poderes ao ‘presentante’ legal para depor sobre tais ou quais fatos. Não tem, por isso, o ‘presentante legal’ da pessoa jurídica poderes de ‘apresentação’ dela, no que diz respeito à declaração sobre fatos por ele (‘presentante’) observados”¹⁸.

Já o *depoimento* da pessoa jurídica pelo seu *representante*, embora não seja efetivamente um depoimento da *pessoa jurídica*, vem sendo aceito pela jurisprudência, como uma forma de permitir a ocorrência da confissão provocada, desde que o representante tenha poder especial para *confessar*.

Ponderam Marinoni e Arenhart: “Ocorre, porém, que bem analisada a situação, observa-se que a confissão ocorrida nesses casos não deriva do depoimento de parte. A participação do representante no processo traz o único objetivo de apresentar a confissão, que já ela é desejada pela pessoa jurídica. O representante judicial (ou mesmo o preposto) da empresa apenas vem a juízo, prestar o ‘depoimento pessoal’, como veículo para apresentar a confissão, pois para tanto obteve mandato com poderes específicos”¹⁹.

De todo modo, mesmo admitido o *depoimento pessoal por representante*, é preciso que este tenha conhecimento dos fatos, sob pena de tornar o procedimento probatório inútil ou irrazoável/desproporcional a aplicação da pena de confissão ficta em razão do seu silêncio.

17. “Ora, se o representante não é parte, parece claro que não pode ele ser sujeito do depoimento pessoal. Isso se justifica, na medida em que não se pode confundir a condição de representante com a de parte – pena de admitir-se o depoimento pessoal também do pai do menor, do curador do enfermo, do mandatário etc.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 30.).

18. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 32.

19. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 31.

4. RECUSA DE DEPOR

4.1. Noção

A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas (art. 386, CPC). Nestes casos, cabe ao órgão julgador verificar se a atitude da parte há de ser considerada como recusa, devendo esclarecer na sentença as suas razões (art. 386 do CPC) e, assim, aplicar a sanção da confissão ficta.

4.2. Escusa de depor

4.2.1. Noção

Há, contudo, situações em que é lícita a recusa de depor: são hipóteses em que se admite a *escusa de depor*.

O sistema prevê as hipóteses que legitimam a recusa de duas maneiras: há uma regra geral de atipicidade da escusa de depor (art. 386), exigindo como pressuposto apenas a justiça do motivo, e há situações específicas, já qualificadas pelo legislador como justas para autorizar o silêncio (art. 388, CPC).

Cabe ao magistrado o controle da licitude da recusa, que examinará o preenchimento dos pressupostos legais que a autorizam.

4.2.2. Direito ou dever de silêncio

O direito ao silêncio (direito de recusar-se a depor sobre determinados fatos e direito de não ser interrogado sobre eles) é, em certas situações, um *dever*: nas hipóteses em que o direito ao silêncio decorre da proteção constitucional e penal ao sigilo profissional, o depoente não tem apenas o direito de recusar-se a depor: tem o dever de fazê-lo.

Nos demais casos (relações de família e amizade), o depoente pode abrir mão do seu direito de escusa²⁰.

É preciso anotar, porém, que, abrindo mão do seu direito de calar, não pode o depoente mentir, conduta desleal inadmissível²¹. O dever de dizer a verdade (arts.

20. LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 591; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 96-97.

21. No processo penal, há quem reconheça o direito de o depoente (acusado) mentir, como conteúdo da cláusula *nemo tenetur se detegere* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 486; LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 233).

77, I, e 80, II, CPC) convive com o direito de calar, mas é incompatível, obviamente, com o direito de mentir.

A parte tem o direito de calar, mas não tem o direito de mentir. A mentira em juízo é um ilícito processual civil (*litigância de má-fé*, art. 80, II, CPC). Trata-se de conduta vedada, que pode ser punida com multa, conforme o art. 81 do CPC. Não é, porém, conduta *criminoso*, pois inexistente o crime de perjúrio, salvo se afetar terceiro, o que configuraria outro crime, como a *denúnciação caluniosa* (art. 339 do Código Penal). Não se pode confundir essa conduta com a do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), que não pode ser cometido pela *parte*.

4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes

A parte não é obrigada a depor: *a)* sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados; *b)* a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; *c)* que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; *d)* sobre fatos que coloquem em perigo a vida do depoente ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível (art. 388, CPC). Trata-se de regras que prestigiam o direito à autopreservação.

Note que, à semelhança do que acontece no âmbito penal, é direito da parte silenciar sobre fatos tidos por criminosos que lhe sejam imputados (*direito ao silêncio*) no âmbito cível. Trata-se do conhecido direito contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*, ninguém é obrigado a acusar a si mesmo; *nemo contra se edere tenetur*, ninguém é obrigado a se denunciar; *nemo testis contra se ipsum*, ninguém testemunhe contra si mesmo). O direito à não auto-incriminação também foi expressamente previsto no CPC no *caput* do art. 379.

“...o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* passou a ter significados distintos, relacionados entre si: *a)* um direito genérico a não se auto-incriminar (*privilege against self-incrimination*); *b)* um direito de não ser interrogado pelo juiz (*right not to be questioned*); e *c)* um direito de, quando interrogado, se manter em silêncio (*right to silence*)”²².

Luigi Ferrajoli, quando examina o assunto no direito processual penal, identifica como conteúdo desta garantia (que ele prefere denominar de *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a se manifestar, mais abrangente que as outras designações) os seguintes direitos, dentre outros que neste momento não interessam, pois mais afeitos ao processo penal: *a)* direito ao silêncio; *b)* proibição de tortura e de utilização de técnicas de manipulação da psique (drogas ou hipnose)

22. COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 262.

para a obtenção da confissão; c) direito a ser acompanhado por um advogado durante o depoimento²³.

No processo civil, garante-se, pois, também o direito ao *silêncio* em relação a fatos tidos por criminosos (art. 388, I, CPC).

O direito ao silêncio sobre fatos criminosos tem natureza de direito fundamental (art. 5º, LXIII, CF/88). Está previsto, também, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Art. 8º. Garantias judiciais, § 2º, “g”: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Há quem veja na antiga regra hebraica dos dois testemunhos (*testis unus, testis nullus*,²⁴ mínimo exigido para fundamentar uma decisão condenatória) a origem remota deste direito²⁵⁻²⁶.

23. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 486.

24. Livro de Deuteronômio, 19, 15: “Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas”.

25. Sobre esta percepção, sem concordar ao que parece com ela, trazendo amplas referências, COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 30-32. Entendia-se que nem todo testemunho era apto a servir como prova para condenar alguém; proibia-se o testemunho de parentes. Dizia-se, então, que o acusado era seu próprio parente, e que, por tal razão, sua confissão não poderia ser aceita. Afirmava-se, ainda, que, como a vida de um homem pertence a Deus, “confessar um crime seria o equivalente a dispor de uma propriedade – o corpo – que não pertence ao acusado, e, no caso de crimes capitais, o habilitaria a cometer uma forma de suicídio”. (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, cit., p. 30, nota 4.) Justificava-se também a regra, segundo alguns, como forma de desestimular a tortura (WEINTRAUB, Melissa. “The Bar against Self-Incrimination as a Protection against Torture in Jewish and American Law”, disponível em http://www.rhr-na.org/torture/ainadammesim_short.pdf, p. 2-3, com amplas referências, consultado em 19.11.2006, às 14h41), tendo sido esta a principal razão, ao que parece, de seu acolhimento pela doutrinas liberais que propagavam as garantias processuais individuais a partir do século XVIII. De acordo com o panorama histórico traçado por João Couceiro, tendo por base a lição de Leonard Levy, a evolução do direito ao silêncio na Inglaterra, país em que teria sido consagrado primeiramente esse *right*, está relacionada à proteção das liberdades religiosa e de expressão, visto que era exercido nas acusações de heresia, cisma ou traição, fazendo parte do contexto de luta pelo reconhecimento de limitações ao poder Real e da Igreja (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, cit., p. 67-68, nota 87).

26. Há uma explicação “econômica” para a proibição ao suicídio no catolicismo: evitar a diminuição do rebanho. Eduardo Giannetti enfrenta a questão; a lição merece transcrição literal: para as principais religiões, “a vida tal como a conhecemos não passa de um prelúdio ou rito de passagem rumo a formas de existência que transcendem o mundo dos sentidos e o corpo mortal. À renúncia e virtude nesta vida correspondem recompensas e delícias na outra. Os bons colherão os frutos (juros auferidos) ao passo que os maus arcarão com o ônus (juros devidos) de seus atos, pensamentos e omissões. (...) Quando o que está em jogo é nada menos que a bem-aventurança ou tormentos *eternos*, descontar o futuro – preferir uma vida em pecado agora à salvação no porvir – equivaleria a uma rematada falta de senso. (...) E mais: dependendo dos termos de troca entre presente e futuro (os juros da transação), a própria existência terrena deixa de ter qualquer valor relevante, a não ser como meio ou instrumento do que virá. A natureza essencialmente econômica do contrato ‘renúncia agora, paraíso depois’ não passou despercebida dos primeiros teólogos cristãos. (...) Quando a recompensa futura esperada é infinita, não há sacrifício ou renúncia que não pague a pena. Ao se comparar tudo o que a vida terrena promete a quem nela transita, de um lado, e o paraíso beatífico por toda a eternidade, de outro, como hesitar? A morte antecipada – desde que ‘santa’ – se torna a solução racional da equação intertemporal. (...) A proliferação do martírio e a prática do suicídio coletivo se tornaram uma ameaça de tal ordem ao rebanho que as autoridades religiosas se viram compelidas a intervir. Somente a partir daí, no século IV d. C., é que

Sucedem que essas previsões restringem-se ao âmbito do processo penal.

No direito brasileiro, o direito ao silêncio sobre fatos criminosos no âmbito civil está previsto apenas no nível infraconstitucional²⁷. Essa constatação, porém, não diminui sua importância: estendê-lo ao âmbito cível parece corolário inevitável da garantia constitucional, pois, de fato, não faria muito sentido permitir que, no cível, o sujeito fosse obrigado a depor sobre fatos havidos como criminosos, conduta que certamente teria alguma influência na formação do convencimento do juízo penal²⁸.

É importante frisar, ainda, que o direito ao silêncio sobre fatos criminosos abrange não só os fatos constitutivos da demanda, mas também fatos simples ou secundários. É o que acontece quando a pessoa, inquirida sobre um fato qualquer, para dizer a verdade precisa afirmar a existência de um fato criminoso, como acontece quando alguém, perguntado sobre a sua profissão, deva declarar, por ser a verdade, que lida com trabalho ilícito (agiotagem, rufianismo etc.)²⁹.

Há, ainda, o direito ao silêncio sobre fatos torpes (*nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, ninguém é obrigado a manifestar-se sobre a própria torpeza), que, à semelhança do primeiro, tem origem remota, podendo ser encontrado nas Ordenações Manuelinas e Filipinas (Liv. III, Tít. LIII, 11), bem como no Regulamento n. 737/1850 (art. 208, § 1º).

4.2.4. Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional

Como no juízo cível é possível a discussão de um sem-número de fatos, muitos deles não-criminosos, foi preciso reger o direito ao silêncio em relação a esses últimos. O legislador entendeu por bem reconhecer o direito ao silêncio, no âmbito cível, apenas em certas situações, relacionadas, ou à proteção da intimidade, da vida e do patrimônio do depoente, ou à natureza da sua profissão.

se declarou o suicídio um ‘pecado mortal’, capaz de condenar à danação eterna quem o pratica. (...) A violenta subida nos juros – nesse caso ‘as labaredas do inferno’ – foi a saída encontrada para esfriar a impaciência e o ardor dos fiéis. O paraíso requer paciência”. (GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 118-120).

27. COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 262.”

28. “The privilege against self-incrimination may be invoked by anyone in any proceeding when confronted by a question the answer to which might expose him to criminal sanctions”. (“O privilégio contra a auto-incriminação pode ser invocado por qualquer um em qualquer procedimento, quando lhe for dirigida uma pergunta cuja resposta pode expor o depoente a sanções criminais”, tradução livre; SMIT, H. “Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America”. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973, p. 462.)

29. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90. Arrematam os autores: “Neste caso, não se imputa à pessoa a prática de fato ilícito – não havendo, portanto, a incidência da regra do art. 347, I – mas a resposta a ser dada (em função do dever de veracidade e completude) certamente indicará a prática, pelo depoente, de atividade ilícita e sujeita a sanção criminal”. (cit., p. 90, nota 114).

Reputa-se legítima a recusa de depor quando se tratar de fato que diga respeito ao *sigilo profissional*, ou que envolva *situação relacionada ao estado da pessoa* (salvo em ações de estado e de família).

Embora a ressalva em relação às ações de família esteja no parágrafo único do art. 388, o que poderia conduzir à interpretação de que se refere à totalidade do artigo, a melhor interpretação é aquela que o relaciona apenas aos fatos relacionados ao estado da pessoa, mais especificamente às ações de família.

O segredo profissional é bem jurídico de alta relevância (inclusive penal: art. 154 do Código Penal). A proteção do sigilo é, ainda, direito fundamental (art. 5º, XIV, CF/88)³⁰. Essa proteção visa resguardar o equilíbrio das relações sociais, notadamente o valor *confiança*, indispensável à ética dessas mesmas relações. É o caso do médico, advogado (art. 7º da Lei n. 8.906/1994), jornalista, padre, juiz, membro do Ministério Público, enfermeiro, psicólogo etc.³¹ Bem examinado o problema, a recusa de depor, neste caso, antes de um direito é um *dever* do depoente³². Trata-se de tutela civil de um bem jurídico penal e de um direito fundamental.

Convém anotar que é crime de responsabilidade “revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação” (art. 5º, n. 4, Lei n. 1.079/1950). Trata-se de hipótese em que também é legítima a recusa de depor, que no caso também se apresenta como um dever do *depoente*.

Como todo direito fundamental, o direito à proteção do sigilo profissional pode, em certas situações, ceder a outro direito fundamental, aplicada a proporcionalidade. Admite-se, por exemplo, a quebra do sigilo médico para revelação de maus-tratos a menores (protegidos constitucionalmente: art. 227 da CF/88) ou para favorecer o próprio paciente (entrega do seu prontuário para que se tomem providências com o objetivo de salvar-lhe a vida)³³.

Aliás, o próprio texto do Código Penal permite a revelação do sigilo havendo *justa causa*, que será examinada pelo magistrado no caso concreto.

Dispensa-se o sigilo, também, quando o beneficiário do segredo libera o profissional de seu dever, permitindo a sua revelação³⁴.

30. “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

31. Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 480.

32. Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, cit., p. 481.

33. Para os exemplos, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, cit., p. 483.

34. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 555.

No inciso III do art. 388 do CPC, o legislador, considerando a proteção da honra do depoente, ou de pessoas que lhe são próximas, permite a escusa de depor. Perceba que o inciso I permite a recusa de depor em relação a fatos *torpes* imputados ao *depoente*; o inciso III é mais abrangente por referir-se a “desonra”, que tem sentido mais amplo do que “torpe”, que pode ser própria ou de terceiros (cônjuge/companheiro ou parente sucessível).

“É para evitar uma autêntica desumanidade – quer por revelar uma mazela moral, quer por induzir a testemunha a não desvendar a verdade – é que, quando está em jogo a honra do depoente ou das pessoas que lhe são caras, a lei o dispensa de testemunhar”³⁵.

O inciso IV do art. 388 do CPC permite a recusa de depor sobre fatos que coloquem em perigo a vida do depoente ou do cônjuge/companheiro ou parente sucessível. Se o inciso I visa proteger o direito de não incriminar-se, o inciso IV visa à tutela de direito ainda mais relevante: o direito à vida.

De todo modo, é preciso anotar que as regras que permitem a recusa de depor estão imbuídas de forte conotação ética, porque visam tutelar a confiança, inerente em diversas relações profissionais e nas relações de família. São, ainda, regras que compõem a proteção da dignidade da pessoa humana³⁶.

O art. 229 do Código Civil previa hipóteses em que se permitia a escusa de depor. O artigo foi revogado pelo CPC (art. 1.072, II, CPC). Algumas das hipóteses ali previstas foram incorporadas ao art. 388 do CPC.

4.2.5. Regra geral de escusa

O art. 386 do CPC prevê uma regra geral de escusa de depor, ao permitir, a *contrario sensu*, que a parte possa negar-se a depor por motivo justo, a ser avaliado pelo juiz. Trata-se, como se vê, de um conceito jurídico indeterminado, cuja concretização será investigada pelo magistrado no caso concreto.

Assim, além das expressas hipóteses em que é garantido (definidas *a priori* como autorizantes da recusa pelo art. 388 do CPC), o silêncio também é permitido em qualquer situação considerada pelo magistrado como legítima, como, por exemplo, em relação a fatos impertinentes/irrelevantes (que não podem ser objeto de prova)³⁷. Cria-se uma regra de atipicidade das razões da recusa, que devem ser

35. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 556.

36. Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 479; LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 590-591.

37. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90.

identificadas *a posteriori* pelo magistrado. O pressuposto geral para a recusa é o de que ela seja considerada *justa* pelo órgão jurisdicional.

“Confrontando o teor deste artigo com o dos dois incisos do art. 347 conclui-se que motivos justificados não são apenas os indicados neste último, mas também outros, a ele estranhos. Se o intérprete dessas normas fizer de uma (345) consequência da outra (347), a primeira ficará inócua, o que não se pode admitir no corpo da lei. Qualquer motivo que ao juiz se afigure justificado, afora os referidos no outro dispositivo, poderá autorizar o litigante a calar-se”³⁸. O art. 347 do CPC-1973 corresponde ao art. 388 do CPC-2015.

5. PROCEDIMENTO DO DEPOIMENTO

O modelo de inquirição da parte é, basicamente, o da inquirição das testemunhas, com algumas adaptações. Não tendo sentido, por exemplo, a qualificação do depoente, que, como parte, já foi qualificado nos autos³⁹. Do mesmo modo, o advogado do depoente não pode formular perguntas, cabendo apenas fiscalizar a inquirição⁴⁰. O litisconsorte *unitário* não pode formular perguntas ao seu litisconsorte-depoente⁴¹.

Interessante questão é a que diz respeito à presença da parte que advoga em causa própria: de um lado, a proibição de que uma parte acompanhe o depoimento do seu adversário, de outro, o direito da parte de fiscalizar a colheita da prova. A solução mais adequada é a de Marinoni e Arenhart:

“Assim, deverá o juiz providenciar para que à parte que advogue em causa própria, se esta assim o desejar, seja dado defensor nomeado (ou se esta preferir, poderá constituir defensor para o ato). Em não aceitando, ficará ela sem representação na audiência – ao menos até o momento em que deva depor. Isto porque a defesa da parte (ao menos em regra no processo civil) é *direito* seu, não se podendo compelir ninguém a se defender no processo; se não pretende, então, constituir defensor, nem aceita defensor dativo, e estando a parte inviabilizada de fazer-se presente ao ato (por expressa determinação

38. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/a, v. 4, t. 1, p. 152. As remissões são ao CPC-1973; o art. 345 do CPC-1973 corresponde ao atual art. 386; o art. 347 do CPC-1973 corresponde ao atual art. 388. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 74-75.

39. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 66.

40. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 66.

41. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 68.

legal), renuncia, implicitamente, à sua defesa, pelo que deve assumir o ônus desta opção”⁴².

Os §§2º e 3º do art. 385 do CPC trazem duas importantes regras, autoexplicativas, sobre o procedimento do depoimento da parte:

“§ 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte”.

“§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”.

O art. 387 do CPC, finalmente, dispõe que “a parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos anteriormente preparados, permitindo-lhe o juiz, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos”.

42. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 72. Em outro sentido, Moniz de Aragão, para quem, não aceitando a parte a nomeação de defensor dativo, não poderia o magistrado tomar o depoimento pessoal, em razão do princípio da igualdade (*Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/a, v. 4, t. 1, p. 150-151).

CAPÍTULO 5

Confissão

Sumário • 1. Generalidades – 2. Natureza jurídica – 3. Distinções: 3.1. Confissão e reconhecimento do pedido; 3.2. Confissão e admissão – 4. Espécies de confissão – 5. Eficácia da confissão – 6. Ineficácia da confissão de quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados – 7. A eficácia da confissão por representante – 8. Irrevogabilidade da confissão – 9. Invalidação da confissão: 9.1. Generalidades; 9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo; 9.3. O erro de fato como causa de invalidação – 10. Indivisibilidade da confissão.

1. GENERALIDADES

Há confissão quando alguém reconhece a existência de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do seu adversário (art. 389 do CPC)¹. Trata-se de uma declaração voluntária de ciência de fato; não se trata de declaração de vontade para a produção de determinado efeito jurídico (não é, pois, um ato negocial).

“Quem confessa revela algo a alguém. No étimo de *confitere* há espelta (trigo inferior), aveia, cevada, o que nos permite ligar a *confessio* ao contacto no momento da comida, elemento necessário à comunicação íntima e sincera. Quem confessa fala junto, concorda”².

A declaração pode ter por objeto qualquer fato, *simples* ou *jurídico*³ (convém lembrar o que se disse no capítulo sobre a teoria da prova: o objeto da prova pode recair sobre fatos jurídicos ou fatos simples).

A partir deste conceito, é possível extrair os elementos da confissão: a) sujeito declarante (elemento subjetivo); b) vontade para declarar um fato (*animus confitendi*, elemento intencional); c) fato contrário ao confitente (elemento objetivo).

O sujeito declarante é a parte. A confissão da parte, porém, pode ser trazida ao processo por um procurador com poderes especiais (ver item abaixo).

1. Como bem aponta Humberto Theodoro Jr., convém frisar que a confissão tem por objeto um fato, não uma relação jurídica. “É importante a distinção entre o reconhecimento de um fato e o reconhecimento de uma relação jurídica. O primeiro se passa no terreno da prova simplesmente, onde o que se apura é tão somente uma declaração de ciência (isto é, do conhecimento de um determinado fato); enquanto o segundo se dá no plano negocial, já que representa uma declaração de vontade, tendente a produzir diretamente um efeito jurídico material”. (*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 3, t. 2, p. 417.)
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 4, p. 316.
3. Em sentido diverso, entendendo que a confissão apenas recai sobre *fato jurídico*, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciário no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 13; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 319.

Não é qualquer fato que pode ser objeto de confissão. Para que a confissão exista, é preciso que se trate de fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário; além disso, é pressuposto da confissão que o fato seja próprio e pessoal do confitente, e não de terceiro, quando então haveria testemunho e não confissão⁴.

Para que a confissão seja eficaz, é preciso que o fato diga respeito a direito disponível (art. 392, CPC) e que não exija forma especial (art. 394, CPC) para ser provado (instrumento público ou particular)⁵. Perceba que, aqui, essas exigências dizem respeito à eficácia da confissão, e não à sua existência⁶. Declaração de ciência sobre tais fatos não pode ter a eficácia da confissão, mas poderá ser valorada pelo magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso (art. 371 do CPC).

2. NATUREZA JURÍDICA

A confissão é um ato jurídico em sentido estrito: ato voluntário de efeitos necessários⁷ *ex vi legis*⁸. Nessa qualidade, não é possível confissão sob condição ou termo⁹. A confissão não é um negócio jurídico¹⁰.

É possível, porém, que haja um *acordo* em que as partes reconhecem a existência ou inexistência de determinados fatos. Há, aqui, um negócio processual para a delimitação do *thema probandum*. É outro ato jurídico, até por ser bilateral. Está previsto no §2º do art. 357 do CPC.

A esta constatação é fácil chegar a partir do exame do art. 213 do Código Civil, que trata da ineficácia – e, não, invalidade – da confissão feita por quem não

4. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Anotações às Primeiras Linhas sobre o Processo Civil de Joaquim José Caetano Pereira e Souza*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro Editor, 1907, nota 473, p. 167.
5. FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 150-152; LIMA, Pires de, VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 315; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 142; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316-317.
6. Ver as características do fato que pode ser confessado em SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 45-49.
7. “A sua eficácia é independente da vontade do que confessa, porque não se trata de negócio jurídico; pode ocorrer ainda que não lhe tenha querido os efeitos o confitente...” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 324.) Também assim, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 257; GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 310; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 3, p. 427; FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 579-595; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallia, 1981, t. 1, p. 663-665; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/a, v. 4, t. 1, p. 164; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ângela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2, p. 217; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, cit., p. 132, nota 50.
8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., t. 4, cit., p. 323.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 3, cit., p. 428.
10. Sobre o tema, amplamente, FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 501-595. Consideram, porém, a confissão um negócio jurídico unilateral, por exemplo, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 542.

poderia dispor dos direitos a ela relacionados. Se a confissão fosse negócio jurídico, estaríamos diante de uma causa de invalidade. O dispositivo foi reproduzido pelo CPC no §1º do art. 392.

O que importa na confissão não é a vontade do confitente de produzir os efeitos jurídicos dela decorrentes, mas sim a exata percepção dos fatos confessados (os efeitos jurídicos da confissão advêm direta e inexoravelmente da lei): a vontade do confitente dirige-se à declaração de um fato e não à produção de um efeito jurídico.

A confissão é, enfim, também, um *meio de prova*.

3. DISTINÇÕES

3.1. Confissão e reconhecimento do pedido

Exatamente porque a confissão tem por objeto um fato, distingue-se ela do reconhecimento da procedência do pedido. Neste último, o demandado aceita a pretensão (o efeito jurídico) que lhe foi dirigida pelo demandante, conduta que implicará resolução do mérito por autocomposição (art. 487, III, “a”, CPC).

A confissão recai, como visto, sobre o fato contrário ao interesse do confitente¹¹. O reconhecimento jurídico do pedido é um negócio jurídico¹² unilateral dispositivo.

É possível confessar um fato e negar as consequências jurídicas que a outra parte pretende retirar do fato confessado. Por exemplo: o réu confessa que inscreveu o nome do devedor em cadastro de proteção de crédito, mas nega que essa sua conduta tenha aptidão para produzir qualquer consequência jurídica em favor da parte adversária.

Nem sempre que confessa, a parte está abdicando, com isso, da possibilidade de vitória no processo; a confissão não vincula o juiz a proferir um “pronunciamento em favor da parte beneficiada com a confissão”¹³. Valem aqui as considerações feitas no volume 1 deste *Curso*, sobre a possibilidade de o revel, a despeito da presunção de veracidade dos fatos afirmados contra ele, poder sair do processo como o vencedor.

A confusão é antiga e contaminou a nossa legislação em determinados momentos (ver, por exemplo, o inciso VIII do art. 485 do CPC-1973). O CPC-1939 não fazia a distinção expressamente, o que gerava dúvidas¹⁴. Francisco Augusto das Neves e Castro, por exemplo, concei-

11. Sobre a distinção, com amplas referências, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reconhecimento do pedido”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971, p. 95, especialmente a nota 2.

12. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. n. 311, “f”, p. 595

13. COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

14. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reconhecimento do pedido”, cit., p. 100 e segs.

tuava confissão como “o reconhecimento expresso que a parte faz do direito da parte contrária, ou da verdade do fato por esta alegado”.¹⁵

A origem do baralhamento conceitual remonta ao direito romano, em que se distinguiram a *confessio in iure* (feita perante o *pretor*, antes da instauração do processo para julgar a *actio*) e a *confessio in iudicio* (feita perante o *iudex*, já no desenvolvimento probatório para julgar a *actio*). “A primeira correspondendo ao reconhecimento pelo réu da pretensão (*Anspruch*) do autor, e a segunda, dizendo respeito, apenas, aos fatos sobre que se funda a pretensão. Ambas as confissões são irrevogáveis e têm a natureza de atos dispositivos, a primeira, como condenação pronunciada contra si mesmo, a segunda como renúncia à prova. (...) O legislador da ordenação processual civil alemã, ZPO de 1877, acolheu as duas espécies de confissão...., dando à *confessio in iure*, que tem por objeto a pretensão do autor, uma nova denominação: chamou-a de reconhecimento (*Anerkenntnis*)”¹⁶.

É possível sintetizar essas diferenças da seguinte forma:

	Confissão	Reconhecimento da procedência do pedido
Natureza jurídica	Atto jurídico em sentido estrito	Negócio jurídico unilateral
Objeto	Fato	Pedido
Efeitos	Dispensa prova do fato; gera presunção de veracidade do fato e preclusão lógica do direito de provar o contrário.	Resolve o mérito da causa

3.2. Confissão e admissão

Cumpra diferenciar a *confissão* da *admissão*.

Essa distinção tem assento, basicamente, na ideia de que a confissão é conduta *positiva* (comissiva) da parte, enquanto a admissão decorre de omissão sua. “Efetivamente, o que se observa em termos diferenciais entre a admissão e a confissão é exatamente a conduta ativa do confitente – que pratica atos, declara a ciência de um fato – e passiva da admissão – onde simplesmente o que ocorre é que a parte deixa de, em momento oportuno, contestar a verdade de fato afirmado pela parte adversária”¹⁷.

15. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. 2 ed. Campinas: Servanda, 2000, p. 121.

16. COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*, cit., p. 3.

17. Marinoni, Luiz Guilherme, e Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 347.

O procurador judicial da parte não pode apresentar a confissão da parte sem poder especial para tanto, mas pode *admitir*. “Em verdade, a distinção atinge enorme relevância, tanto que vem expressa mesmo pelo próprio CPC [1973] (art. 334, II e III). A lei atribui a cada uma de tais figuras diversas consequências jurídicas, a iniciar pelas próprias exceções estatuídas no parágrafo único do art. 302 do CPC [1973], casos em que o silêncio da defesa não importa em admissão (causas estas que não encontram similar em termos de confissão)”¹⁸.

A *confissão* é um ato jurídico; a *admissão* é um ato-fato jurídico. A primeira pode ser invalidada e a segunda, não, portanto.

Partindo de premissas um tanto diversas, pois considera possível a admissão expressa, Hernando Devis Echandía traz as seguintes características distintivas entre a *confissão* e a *admissão*, que podem auxiliar a compreensão do tema: *a)* o fato admitido deve ter sido alegado pela parte contrária, o que não ocorre com a confissão; *b)* a admissão é sempre espontânea, enquanto a confissão pode ser *provocada*; *c)* a admissão somente pode ocorrer no processo; a confissão pode ser *extrajudicial*¹⁹.

É possível sintetizar essas diferenças da seguinte forma:

	Confissão	Admissão
Natureza jurídica	Ato jurídico em sentido estrito	Ato-fato
Objeto	Fato deduzido por qualquer sujeito	Fato alegado pela parte contrária
Conduta	Ativa (ato): reconhecimento exposto	Passiva (omissão).
Modalidades	Espontânea ou provocada.	Espontânea (com a revelia, não impugnação específica dos fatos, não comparecimento para depor ou recusa a depor).
Origem	Judicial ou extrajudicial	Judicial
Por representante/procurador	Com poder especial	Sem poder especial
Efeitos	Dispensa prova do fato, vedando prova em contrário (preclusão lógica).	Confissão ficta. Presunção relativa de veracidade do fato, que admite prova em contrário.

18. Marini, Luiz Guilherme, e Arenhart, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 347. O texto entre colchetes é nosso. As remissões feitas pelos autores se referem ao CPC-1973; o art. 334 do CPC-1973 corresponde ao atual art. 374; o art. 302, par. ún., do CPC-1973 corresponde ao atual parágrafo único do art. 341.

19. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 644-645.

4. ESPÉCIES DE CONFISSÃO

A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial*, conforme tenha sido produzida em juízo, de acordo os modos admitidos em lei, ou fora dele.

A confissão *espontânea* é aquela que surge por iniciativa do próprio confitente, pessoalmente ou por representante; a confissão *provocada* é a que resulta do depoimento pessoal da parte (arts. 385-386 do CPC). Quando a confissão espontânea é apresentada por petição, o servidor lavrará o respectivo termo nos autos.

O art. 390 do CPC cuida do tema:

“Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§2º A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal”.

A confissão pode ser *real*, que é aquela efetivamente feita pelo confitente, oralmente ou por escrito, ou *ficta*, que é a que se reputa ocorrida, embora se saiba que de fato não ocorreu, em razão do não comparecimento ao depoimento pessoal ou da recusa a depor em caso de a parte, intimada, ter comparecido à audiência (art. 385, § 1º, CPC). Perceba que a confissão ficta se trata de verdadeira ficção jurídica: embora saiba que não ocorreu (não houve a confissão), o legislador considera o fato como ocorrido.

A confissão, como dito, pode ser *oral*; nessa hipótese, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal (art. 394, CPC). É preciso, então, relacionar o art. 394 às regras que exigem a prova escrita²⁰.

A confissão é *simples* quando se restringe à declaração de ciência do fato contrário ao confitente; é *qualificada*, quando o confitente nega os efeitos jurídicos que a parte adversária pretende obter do fato confessado; é *complexa*, quando o confitente trazer ao processo fatos novos²¹.

20. Percebeu o ponto, ainda sob o regime anterior, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 168.

21. FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 205-208; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170-171; COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 544. Há variações doutrinárias sobre essa classificação, como, por exemplo, o posicionamento de Moniz de Aragão, que considera *qualificada* “a confissão a que o confitente acrescenta fatos que lhe são favoráveis e, contrapostos ao fato constitutivo do pedido, em parte tornam ineficaz a admissão”, e *complexa* aquela em que o “confitente acrescenta fatos que são por lei considerados impeditivos, modificativos ou extintivos” (*Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/a, v. 4, t. 1, p. 185).

5. EFICÁCIA DA CONFISSÃO

A confissão é ato jurídico que produz efeitos processuais importantes.

a) A confissão implica perda do direito de a parte produzir prova sobre o fato confessado. Quem confessa não pode, depois, pedir a produção de prova cujo objetivo seja provar a ocorrência ou não ocorrência do fato confessado. Trata-se de efeito jurídico que decorre do princípio da boa-fé processual, revelado na garantia de proibição do comportamento contraditório (proibição do *venire contra factum proprium*). Não é necessário que esse efeito tenha sido desejado, pois, como visto, a confissão não é negócio jurídico e o erro de direito não permite a invalidação da confissão.

A confissão é conduta determinante, que coloca a parte confitente em posição desfavorável dentro do processo. Por isso, no litisconsórcio unitário, a confissão somente poderá produzir algum efeito se todos os litisconsortes confessarem; a confissão isolada de um deles é ineficaz em si mesma. Já no litisconsórcio simples, a confissão é eficaz e prejudica o confitente, mas não atinge os demais litisconsortes – o que justifica o art. 391, CPC; e se a confissão de um litisconsorte simples recair sobre fato comum aos outros, só será eficaz para os demais litisconsortes na qualidade de um testemunho desfavorável.

b) A parte adversária ao confitente fica liberada do ônus da prova dos fatos que afirmou, por força do art. 374, II, CPC, que dispensa a prova do fato confessado.

c) A confissão, porém, não vincula o magistrado, que a examinará como qualquer outro meio de prova, dando-lhe o valor que, no caso, entender adequado (art. 371 do CPC). Não se trata de prova plena, que impede a apreciação *in concreto* do conjunto probatório²².

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que “A confissão, enquanto meio de prova, conduz a uma presunção relativa da veracidade dos fatos, devendo ser analisada pelo juiz diante de todo o contexto probatório produzido nos autos” (STJ, REsp n. 464.041/SE, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, j. em 16.10.2003, publicado no DJ de 03.11.2003, p. 316).

22. Neste sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/a, v. 4, t. 1, p. 164; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, cit., p. 121-122. Em sentido diverso, entendendo que a confissão vincula o magistrado, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 105-107; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 368-36; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1, p. 200; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ângela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJEA, 1955, t. 2, p. 216.

Ademais, o magistrado pode valer-se da regra do art. 142 do CPC, e repelir a simulação das partes ou a fraude à lei, que muitas vezes se escondem no depoimento confessório²³.

Como visto, a confissão não é um negócio jurídico, mas a declaração de ciência de um fato. É exatamente por isso que o magistrado pode não dar à confissão a eficácia probatória que lhe é típica. Essa é a interpretação correta que se deve dar ao art. 391 do CPC: “A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”²⁴.

Há um célebre exemplo de julgamento em que o juiz não conferiu à confissão a eficácia de prova legal, decidindo, inclusive, a favor da confitente. Trata-se do “julgamento de Salomão”, quando duas mulheres se afirmam mãe de uma criança²⁵, decidindo o magistrado por aquela que, tendo renunciado à sua pretensão, buscou salvar a vida do bebê. O caso não escapou à sensibilidade de Chico Buarque: “A mentira e a verdade / São as donas da razão / Brigam na maternidade / Quando chega Salomão / A razão pela metade / Vai cortar com seu facão / Vendo que a mentira chora e pede piedade / Dá-lhe a razão” (Verdadeira embolada, Francisco Buarque de Hollanda e Edu Lobo).

É inegável, porém, que o magistrado deverá, em sua fundamentação, expor as razões pelas quais não reconheceu eficácia à confissão, demonstrando, com os demais elementos probatórios constantes dos autos, a não ocorrência do fato confessado. Se não é prova legal, obstáculo intransponível, ao menos a confissão apresenta-se como uma baliza para a valoração da prova: o juiz não pode ignorá-la, se quiser não lhe emprestar a sua eficácia típica. Exatamente em razão disso,

23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 318.

24. Veja, por exemplo, como é diferente a redação do art. 358, 1, do Código Civil Português, em que se ressalta a natureza de prova legal da confissão: “A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente”.

25. “Então vieram duas mulheres prostitutas ao rei e puseram-se perante ele. E disse-lhe uma das mulheres: Ah, senhor meu, eu e esta mulher moramos numa mesma casa; eu tive um filho, morando com ela naquela casa. E sucedeu que, ao terceiro dia depois de meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; estranho nenhum estava conosco na casa, senão nós duas naquela casa. E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. E levantou-se à meia-noite e tirou meu filho de meu lado, dormindo, dormindo a tua serva, e o deitou no seu seio, e a seu filho morto deitou no meu seio. E, levantando-me pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas atentando pela manhã para ele, eis que não era o filho que eu havia tido. Então disse a outra mulher: “Não, mas o vivo é meu filho e teu filho o morto.” Porém esta lhe disse: “Não, por certo; o morto é teu filho e meu filho o vivo.” Assim falaram perante o rei. Então disse o rei: “Esta diz: ‘Este que vive é meu filho, e teu o morto’; e esta outra diz: ‘Não, por certo; o morto é teu filho e meu o filho vivo’.” Disse mais o rei: “Trazei-me uma espada.” E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: “Dividi em duas partes o menino vivo, e daí metade a uma e metade a outra.” Mas a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterreceram por seu filho) e disse: “Ah, meu senhor, dai-lhe o menino vivo e por modo alguns mateis.” Porém a outra dizia: “Nem teu, nem meu seja; dividi-o antes.” Então respondeu o rei: “Dai a esta o menino vivo e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.” E todo o Israel ouviu a sentença que dera o rei e temeu ao rei; porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça. (Bíblia Sagrada, 1 Reis 3, 16-28).

deve o órgão jurisdicional avisar ao adversário do confitente que negará eficácia à confissão, para que ele possa, assim, desincumbir-se do ônus da prova que lhe cabe – afinal, a confissão gerou na parte contrária a expectativa de que já se teria desincumbido do ônus da prova que lhe cabia.

6. INEFICÁCIA DA CONFISSÃO DE QUEM NÃO PODE DISPOR DOS DIREITOS RELACIONADOS AOS FATOS CONFESSADOS

A lei tratou expressamente da eficácia da confissão feita por quem não poderia dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados; ou seja, da confissão feita por incapaz. Trata-se do *caput* do art. 213 do Código Civil: “Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados²⁶”. O dispositivo foi reproduzido, com pequenas alterações de redação, no §1º do art. 392 do CPC: “§1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados”.

É importante frisar que a lei, exatamente por não se referir à validade da confissão, apenas impede que a declaração de ciência do fato adquira o *status* de confissão, com os efeitos legais dela decorrentes. *Não se invalida a confissão por incapacidade; só se retira desta declaração a eficácia da confissão.*

Confira-se o caso da confissão relacionada a direitos que não podem ser renunciados. A declaração de ciência do fato feita por incapaz, por exemplo, não pode assumir a natureza de confissão, mas pode ser valorada pelo juiz de acordo com o seu convencimento. Apenas não se lhe pode dar eficácia confessória; trata-se de impedimento legal de eficácia, restrito, portanto e por óbvio, ao plano da eficácia do ato jurídico. Bem o disse Pontes de Miranda: “A indisponibilidade pode ser discutida; e discutida, de ordinário, é a relação jurídica que supõe a disponibilidade. Se a parte confessa o fato, que atingiria tal direito, de modo nenhum se há de acolher a eficácia confessória da comunicação de conhecimento, que fez a parte²⁷”.

Muito a propósito – e excelente como parâmetro interpretativo – o dispositivo do art. 361 do Código Civil português (eis a rubrica do artigo: “valor do reconhecimento não confessório”): “O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente²⁸”. Arremata Pontes de Miranda: “Se a parte não pode confessar sobre o

26. “A confissão só é eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o fato confessado se refira” (Código Civil português, art. 352, 1).

27. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 328.

28. Pires de Lima e Antunes Varela dão os seguintes exemplos em que pode ter lugar a aplicação deste art. 361 do Código Civil português: a) confissão feita por incapaz ou por quem não tenha poderes de disposição; b) fatos relativos a direitos indisponíveis; c) confissão de litisconsorte. (*Código Civil Anotado*. 4ª ed., cit., p. 320).

fato, o que ela disse pode ser apreciado como comunicação de conhecimento sem se poder cogitar de confissão”²⁹.

Um bom exemplo de confissão ineficaz é a do cônjuge, em relação a fatos que digam respeito a direitos reais imobiliários, que somente pode produzir efeitos com o consentimento do outro, salvo se o regime do casamento for o da separação absoluta (art. 391, par. ún., do CPC). Sobre o regime jurídico da participação processual das pessoas casadas, ver o volume 1 deste *Curso*.

Não é o caso de invalidar-se a declaração do incapaz de confessar, mas tão somente de não lhe atribuir os efeitos jurídicos típicos da confissão, repita-se³⁰. Essa peculiaridade serve como mais um argumento contra a tese de que a confissão é negócio jurídico: se fosse o caso, a declaração seria inválida, por força do art. 166, I, do Código Civil.

7. A EFICÁCIA DA CONFISSÃO POR REPRESENTANTE

Regulou o legislador, por fim, a confissão feita por representante, delimitando os seus efeitos (art. 213, par. ún., do Código Civil c/c art. 392, §2º, CPC). É possível a *confissão espontânea* feita por representante³¹. Quem confessa é o representado; o representante apresentará a confissão espontânea ao magistrado: o representante é “mero condutor da manifestação de vontade declarada pelo real confitente”³².

É preciso que o representante tenha poder especial para tanto (art. 105 c/c art. 390, §1º, CPC). Na outorga do poder especial, deve o confitente indicar quais os fatos cuja confissão o representante apresentará em juízo³³.

O legislador deixa claro que a confissão feita por procurador sem poder especial é ineficaz como confissão (art. 116 c/c o art. 213 do Código Civil e §2º do art. 392 do CPC), mas pode ser levada em consideração pelo magistrado, bem como pode ser ratificada posteriormente³⁴.

29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 318.

30. Em sentido contrário, afirmando que “não vale a confissão feita pelo absolutamente incapaz”, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 327.

31. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 128-129.

32. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 128.

33. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 322.

34. “A confissão feita pelo procurador sem poder especial para confessar é ineficaz; pode dar-se a ratificação, pós-eficacizando-se”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 327).

Não se trata – a confissão feita por representante sem poder especial para tanto – de ato nulo nem anulável; é ato jurídico que vale e é eficaz apenas em relação ao representante³⁵.

“Mas para ser eficaz, para que assim o negócio representativo surta efeito como tal, há-de concorrer um outro pressuposto, que é ter a pessoa que age em veste de representante os necessários poderes de representação (legitimação ou autorização representativa (...)) Se exorbita dos seus poderes (se procede *ultra fines*), faltando-lhe poderes de representação para o negócio realizado, muito embora os tivesse para outro ou outros, sempre o negócio em questão resultará ineficaz, relativamente ao representado”.³⁶

Cumprido lembrar, ainda, que o representante legal de incapaz não pode confessar fato que diga respeito ao representado³⁷, o que permite que se chegue às seguintes conclusões sobre a confissão de representante: i) confissão de representante de incapaz é sempre ineficaz; só pode ser recebida como testemunho; ii) confissão de representante de pessoa jurídica, um procurador (como o preposto, por exemplo), é eficaz se recair sobre fato que está contido no poder especial de confissão; se confessar sem poder especial, é testemunho, a ser valorado pelo juiz.

8. IRREVOGABILIDADE DA CONFISSÃO

A confissão é irrevogável (art. 214 do Código Civil e art. 393, primeira parte, CPC).

A confissão é irrevogável exatamente pela sua natureza não negocial. “Não é dado a quem confessa um fato relevante para a solução do litígio, arrepende-se da informação dada, ou reconsiderar a versão fática nela contida. Não tem ele o direito de contestar a própria confissão”³⁸. “A limitação da retratabilidade é elemento conceptual da confissão: não seria meio de prova se fôsse sempre possível a retratação”.³⁹

35. “A descoberta do conceito de ineficácia pelos juristas alemães, no fim do século passado, tornou evidente e pacífico perante a doutrina moderna que o contrato celebrado pelo mandatário sem poderes não é inexistente, nulo, nem anulável: é um contrato existente e eficaz entre as partes contratantes e apenas inoponível ao mandante”. (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas no Anteprojeto de Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: s/e, 1974, p. 103, grifos do original.) Percebeu que a outorga de poder especial ao representante é uma questão de eficácia da confissão, e não de sua validade, ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 623.

36. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, v. 2, p. 302.

37. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v 3, t. 2, cit., p. 425.

38. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v 3, t. 2, cit., p. 426.

39. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, 4 ed., t. 3, cit., p. 428.

A confissão pode, porém, ser *invalidada*. Invalidação não se confunde com revogação⁴⁰.

Examinemos as hipóteses de invalidação da confissão.

9. INVALIDAÇÃO DA CONFISSÃO

9.1. Generalidades

A confissão pode ser invalidada em razão de erro de fato ou de coação (art. 214 do Código Civil; art. 393, CPC).

Se ainda não houver o trânsito em julgado da decisão judicial que nela baseia, é possível ajuizar ação anulatória da confissão, que é ato jurídico como outro qualquer. Apenas o confitente tem legitimidade para propor essa ação anulatória; caso faleça, após a propositura, o espólio ou os herdeiros poderão prosseguir com o processo (art. 393, par. ún., CPC).

Se já houver coisa julgada, o caso deverá subsumir-se a alguma das hipóteses de ação rescisória, instrumento típico para o desfazimento da coisa julgada – na hipótese do inciso VI do art. 966 do CPC, por exemplo, que se relaciona à prova falsa, ou na do inciso II, que se relaciona à coação ou ao dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida. Neste caso, a ação será ajuizada contra a *decisão transitada em julgado*, e não contra a confissão. Uma ação anulatória ajuizada contra a confissão, quando já há coisa julgada, é inócua: mesmo vitoriosa a parte, a coisa julgada permanecerá intacta. É preciso desfazer a coisa julgada – e isso tem de ser feito por ação rescisória.

“O pleito anulatório reclama a instauração de uma nova ação. Não pode o interessado provocar o exame do vício de consentimento em arguição avulsa dentro do processo em que a confissão se deu. (...) Evidenciado o caráter prejudicial da causa anulatória, cabível será a suspensão do processo anterior, se ainda não foi sentenciado (CPC, art. 265, IV, *a*), ou, conforme o estágio das duas causas, a reunião dos dois feitos, por conexão, a fim de serem julgados por sentença conjunta (CPC, at. 105)”⁴¹.

40. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 4, p. 323; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 80.

41. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 429. AS remissões feitas pelo autor referem-se ao CPC-1973. O art. 265, IV, “a”, CPC-1973 corresponde ao art. 313, V, “a”, do CPC atual; o art. 105 do CPC-1973 corresponde ao art. 58 do CPC atual.

9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo

Acolhendo sugestões doutrinárias, bem como em consonância com o direito estrangeiro⁴², o legislador, no Código Civil e no CPC-2015, *eliminou a possibilidade de invalidação da confissão por dolo*, que estava prevista no art. 352 do CPC-1973; no particular, está superada a discussão a respeito do assunto⁴³. A harmonização dos enunciados normativos serviu exatamente para enterrar essa disputa doutrinária.

O legislador agiu corretamente.

Somente se justifica a invalidação da confissão por erro de fato (que é o objeto da declaração de ciência) ou por coação, que “provoca uma declaração não querida pelo agente, já que aconteceu apenas em razão da grave e injusta ameaça do coator”.⁴⁴

A circunstância de o confitente declarar o fato por dolo de outrem somente tem relevância jurídica, para fins de invalidação, se o dolo tiver sido apto a gerar erro. Se houve dolo, mas não houve erro, não se pode invalidar a confissão. Eis a razão pela qual se preferiu a expressão “erro de fato”, como síntese da hipótese de invalidade: o que importa é a falsa percepção da realidade; se o erro foi espontâneo ou provocado, pouco importa. Como afirma Humberto Theodoro Jr., “o dolo quase sempre importará a astúcia para induzir a parte a confessar o fato contrário a seu interesse, mas não necessariamente inverídico”; “por ter enganado a parte e ter-lhe provocado um prejuízo, o autor do dolo terá de indenizar a vítima de sua artimanha”.⁴⁵

Do mesmo modo, não importa que o confitente tenha confessado por dolo (imaginando lucrar algo com a sua confissão, por exemplo). O motivo é irrelevante para a confissão, o que importa é o fato confessado. E, além disso, se o dolo tem por fim o erro, “como se poderá dizer iludido sobre a veracidade dos fatos quem sobre sua falsidade não tinha ilusão alguma?”⁴⁶

42. Art. 2.732 do Código Civil italiano: “A confissão não pode ser revogada se não se prova que foi determinada por erro de fato ou violência”. (*La confessione (1324) non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto (1.428 ss.) ou da violenza (1.434, 1.435)*”).

43. Desde a primeira edição, este *Curso* entendia que o Código Civil tinha revogado o CPC-1973, neste ponto. Em sentido contrário, admitindo a invalidação da confissão por dolo, com base no CPC-1973, mesmo após a edição do Código Civil de 2002, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 414-415; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 544. A discussão agora parece estar superada, pois os textos legislativos são idênticos.

44. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 428.

45. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 428.

46. Costa, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Kofino editor, 1947, v. 2, p. 279. Mais recentemente, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 147-149.

9.3. O erro de fato como causa de invalidação

Mencionava o CPC-1973 a possibilidade de invalidação da confissão por erro. Como não havia especificação quanto ao tipo de erro, se de fato ou de direito, especulava-se na doutrina a possibilidade de anulação deste ato jurídico por ambas as espécies de erro, inclusive o de direito⁴⁷⁻⁴⁸.

O art. 214 do Código Civil e o art. 393 do CPC mencionam apenas a possibilidade de invalidação da confissão por *erro de fato*; ao reproduzir o art. 2.732 do Código Civil italiano, o legislador pôs fim à controvérsia, consagrando a posição da maioria (“quase sem opositores”)⁴⁹: *só é possível invalidar-se a confissão se houver erro de fato*. Seguiu-se, assim, a linha da tradição de nosso Direito de admitir a invalidação da confissão apenas por erro de fato⁵⁰.

As razões são muito simples e vêm sendo repetidas pelos autores desde a época em que se fazia a exegese das Ordenações do Reino de Portugal: a) a confissão é a declaração de ciência de um fato, e não um reconhecimento de incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto; b) o erro de direito não destrói a verdade do fato, não podendo desfazer a prova feita pela confissão, pois o fato confessado não deixa de ser existente porque o confitente desconhecia as suas consequências jurídicas⁵¹; c) tratar-se-ia de verdadeira *contradictio in adiecto*, pois, se de confissão se trata, não é possível haver erro de direito⁵²; d) o erro de direito somente é relevante para a invalidação do ato jurídico quando, não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico (art. 139, III, Código Civil);⁵³ assim, como são irrelevantes os motivos da confissão, conforme

47. Sobre a discussão, com a exposição dos adeptos deste ou daquele posicionamento, ver amplamente SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 289-293.

48. “Ocorre erro de fato quando o agente ignora ou se engana sobre a realização dos fatos, cuja existência é necessária à formação da relação de direito; ocorre erro de direito quando, sem embargo da ciência dos fatos, o agente ignora a eficácia que a lei lhes atribui de produzir um efeito de direito”. (Amaral Santos, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 289-290).

49. Expressão de Santos, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., p. 290. Pestana de Aguiar entendia possível anulação de confissão por erro de direito, e até mesmo elogiava a redação do CPC-1973, pois dava margem a interpretações neste sentido: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, v. 4, p. 153.

50. Art. 231, CPC-1939. “A confissão produzirá efeitos em relação apenas ao confitente e a seus herdeiros e não prejudicará os litisconsortes, podendo ser retratada por erro de fato até o julgamento definitivo da causa, ou, em qualquer tempo, em ação direta, quando obtida por dolo ou violência”. Também neste sentido: art. 157, Regulamento 737/1850; art. 257, Código de Processo Civil de Pernambuco; art. 169, Código de Processo Civil do Estado da Bahia; art. 281 do Código de São Paulo; art. 270 do Código de Minas Gerais.

51. SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 292.

52. Lição de Diana trazida por SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 112-113.

53. O Código Civil consagrou o entendimento doutrinário de que é possível o erro de direito levar à anulação de negócio jurídico, restringindo, como já o fazia a doutrina, a hipótese de cabimento do pleito invalidante. Sobre o tratamento do erro de direito no novo Código Civil Brasileiro, ver, com ampla fundamentação, ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 54, nota 14.

visto em item precedente, não se poderia invalidar este ato jurídico por erro de direito⁵⁴ – e, ademais, a confissão não é negócio jurídico.

10. INDIVISIBILIDADE DA CONFISSÃO⁵⁵

A confissão é indivisível, assim dispõe a primeira parte do art. 395 do CPC: “A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável...”

Como bem explica Ovídio Baptista, “não se trata propriamente de indivisibilidade da confissão, mas do depoimento ou declaração prestada pela parte que contenha uma confissão. As declarações desfavoráveis ao adversário do confitente, por definição, não podem ser consideradas confissões”⁵⁶. Amaral Santos vai além: o adversário do confitente, para aproveitar-se da prova que “lhe é fornecida na parte que é desfavorável ao declarante, deverá também admitir como verdadeiras as declarações na parte que ao declarante favorecem”⁵⁷.

Será possível cindir o depoimento confessorio, porém, quando o confitente aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção (art. 395, *fine*, CPC).

Trata-se da chamada *confissão complexa* (*confissão qualificada* é incindível), em que o confitente, além de confessar, agrega fato novo ao processo, capaz de ensejar defesa de direito material ou a propositura de reconvenção. Eis um exemplo trazido por Amaral Santos: na contestação, alega o réu que nada deve ao autor; no depoimento pessoal, confessa o fato constitutivo do direito do autor, mas alega o pagamento (fato novo); “neste caso, a confissão é cindível, para valer como prova contra o confitente, desprezada a circunstância do fato novo aditado”⁵⁸.

Na verdade, neste depoimento confessorio há dois atos jurídicos: a *confissão* e uma *alegação*. Cindir o depoimento confessorio é, na verdade, separar a *confissão* da *alegação*, atos jurídicos distintos que se misturaram em uma mesma declaração.

54. Marinoni, Luiz Guilherme, e Arenhart, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1 ed., v. 5, t. 1, cit., p. 371.

55. Sobre o histórico do problema, amplamente, FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 197-231.

56. *Curso de Processo Civil*, v. 1, cit., p. 370. Em sentido semelhante, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 336-337.

57. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 118. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170.

58. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 118. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170.

Prova documental, ata notarial e exibição de documento ou coisa

Sumário • 1. Conceito de documento – 2. Documento e prova documental – 3. Prova documental e prova documentada – 4. Importância da prova documental – 5. Elementos do documento: 5.1. Autoria do documento: 5.1.1. Autoria material e autoria intelectual; 5.1.2. Documento autógrafo e heterógrafo; 5.1.3. Documentos públicos e particulares; 5.1.4. Subscrição e identificação da autoria; 5.1.5. Autenticidade; 5.2. Conteúdo; 5.3. Suporte – 6. Documento e instrumento – 7. Data do documento – 8. Eficácia probatória do documento: 8.1. Introdução; 8.2. Força probante dos documentos públicos: 8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público; 8.2.2. A caracterização da escritura pública como “prova plena” Crítica à utilização da expressão “prova plena”; 8.2.3. O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 406, CPC); 8.2.4. O documento público irregular (art. 407, CPC); 8.3. Força probante dos documentos particulares: 8.3.1. Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 408, caput, CPC); 8.3.2. Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 408, p. único, CPC); 8.3.3. Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do fac-símile e dos outros meios de transmissão de dados; 8.3.4. Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação; 8.3.5. Eficácia probatória dos livros empresariais e da escrituração contábil; 8.3.6. Indivisibilidade do documento particular (art. 412, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 419, CPC); 8.4. Originais, cópias, certidões e traslados – 9. Ata notarial (art. 384, CPC) – 10. Vícios do documento: a irregularidade e a falsidade – 11. Documento eletrônico: 11.1. Noção; 11.2. Segurança e confiabilidade; 11.3. O processo em autos eletrônicos; 11.4. O documento eletrônico no processo em autos de papel – 12. Produção da prova documental: 12.1. Momentos da proposição e da produção da prova; 12.2. Juntada posterior de documentos; 12.3. Momento para manifestação sobre os documentos (art. 437, CPC); 12.4. Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida (art. 436, CPC) – 13. Meios de obtenção da prova documental: 13.1. Requisição de documentos (art. 438, CPC); 13.2. Exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404, CPC): 13.2.1. Generalidades; 13.2.2. Pedido de exibição formulado em face da parte adversária; 13.2.3. Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular – 14. Arguição de falsidade: 14.1. Noção; 14.2. Natureza jurídica e finalidade; 14.3. Legitimidade e interesse; 14.4. Procedimento.

1. CONCEITO DE DOCUMENTO

Documento é toda *coisa* que, por força de uma atividade humana, “seja capaz de representar um fato”¹. Noutras palavras, é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos². A referência que se faz a *símbolos* é ampla, alcançando “letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons gravados e registros magnéticos em geral”³.

1. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190.

2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 565.

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 565.

Os elementos que integram o *conceito* de documento são os seguintes:

a) Documento é *coisa*. Segundo conhecida lição de Carnelutti, documento é um meio de representação *real*, ou *objetiva*, no que se distingue da representação *pessoal*, ou *subjetiva*.

“A primeira se obtém mediante a composição de um *objeto* apto para despertar em quem o percebe a ideia que vem determinada pela percepção do fato representado. A segunda se obtém mediante a composição de um *ato* capaz de obter o mesmo resultado. [...] Na segunda forma, há um homem que narra; na primeira, permitindo-nos a metáfora, narra a coisa”.⁴

Importante a ponderação feita por Augusto Tavares Rosa Marcacini, que afirma que “a tradicional definição de documento enquanto *coisa* é justificada pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível”⁵. O autor trata especificamente dos documentos eletrônicos, que são *documentos*, embora não se encaixem propriamente na definição de *coisa* representativa de um fato, na medida em que a sua noção (sequência de *bits*) está dissociada da necessidade de um meio físico (suporte) em que esses fatos se façam representar.

Marcacini propõe o seguinte:

“Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma sequência de *bits*, o documento eletrônico não é outra coisa que não a sequência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. Assim, o arquivo eletrônico em que está este texto poderá ser transferido para outros meios, sejam disquetes, CDs, ou discos rígidos de outros computadores, mas o documento eletrônico

-
4. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 141. Cândido Rangel Dinamarco, no entanto, chama atenção de que, embora normalmente o documento seja uma *coisa*, é possível que também uma *pessoa* traga em si a representação de um fato, como ocorre com aquele que possui tatuagens que eventualmente demonstrem a ocorrência de fatos. O autor exemplifica sua assertiva relembando um filme da década de cinquenta, cujo título era *Rose tatóo* (Rosa Tatuada), em que a rosa tatuada no busto de uma mulher foi a prova do adultério de um motorista de caminhão obcecado por rosas, que também tinha o peito tatuado da mesma forma (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 565 e nota de rodapé n.º 1). Apesar da excelente imagem utilizada, ao que nos parece, a pessoa aí jamais poderia ser equiparada a um *documento* – isto é, a um suporte em que se contém a representação material de um fato.
5. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

continuará sendo o mesmo. [...] Documento, assim, é o registro de um fato”.⁶

É procedente a advertência feita pelo autor, assim como também é correta a sua conclusão no sentido de que se deve modificar o foco da noção de documento, retirando-o da *coisa* para colocá-lo na ideia de que é o *registro de um fato*. A despeito disso, parece que não é incorreto continuar a tratar do conceito de documento (sentido amplo) como sendo uma *coisa*. Embora o documento eletrônico seja, a rigor, uma sequência de *bits*⁷, o fato ou ideia nele representado precisará ficar armazenado em algum *suporte*, seja ele o disco rígido de um computador, *tablet* ou *smartphone*, uma mídia de CD ou DVD, um *pen-drive*, ou qualquer outro meio físico idôneo, e sempre se revelará aos sentidos humanos através de uma ferramenta (p. ex., o software, o computador etc.).

b) Documento é coisa *representativa de um fato*. Não é qualquer coisa que pode ser considerada documento; ela tem que revelar alguma ideia (uma declaração de vontade, de anuência etc.) ou documentar a ocorrência de um fato (uma narração, uma transcrição, uma gravação etc.).

É fundamental distinguir entre *fato representativo* e *fato representado*. Segundo Carnelutti, “a representação é um sucedâneo da percepção; serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a ideia que viria primariamente pela percepção de um fato”⁸. Ela se fundamenta na substituição de um fato por outro, que vem para gerar a percepção da mesma ideia.

A existência, por si só, da coisa já é um fato da vida. Quando essa coisa registra a ocorrência de outro fato, diz-se que ela é um *fato representativo* e que o fato⁹ por ela documentado é o *fato representado*. Por exemplo: o instrumento de um contrato é um fato representativo do acordo de vontade das partes e dos termos da avença que firmaram (fato representado); a procuração outorgada por instrumento público é um fato representativo da outorga de poderes conferida pelo mandante ao mandatário à vista do oficial público.

Para que seja considerada documento, a coisa, além de satisfazer os demais elementos do conceito, deve ter aptidão para representar outro fato. Se ela não representa fato algum (fato não-representativo), não é documento.

c) Documento é coisa representativa de um fato por *obra da atividade humana*. Ainda que a atividade humana não tenha por objetivo a documentação do fato

6. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

7. Ver, mais adiante, item dedicado ao documento eletrônico.

8. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 133.

9. Fala-se aqui em *fato* no sentido amplo, abrangendo as declarações de fato propriamente ditas e as declarações de vontade.

para posterior utilização disso como meio de prova num processo judicial, é inerente à noção de documento que ele derive de um ato humano. A atividade humana (autoria), conforme se verá adiante, é pressuposto de existência do documento¹⁰, embora haja quem defenda a existência do documento mesmo que não se possa identificar a sua autoria, isto é, mesmo que ele não decorra de atividade humana¹¹.

Carnelutti compara o documento com o depoimento de uma pessoa, afirmando que ambos decorrem de uma atividade humana. A diferença, contudo, é que, no depoimento, a atividade humana consiste no próprio depoimento, que é o fato representativo; já no documento, a atividade humana consiste na formação do fato representativo, que neste caso será uma coisa, um objeto. No depoimento, portanto, é o agir humano que revela o fato representado; no documento, o fato representado é revelado por um objeto, que, por sua vez, foi formado por um agir humano¹².

Conforme o conceito apresentado, considera-se documento, por exemplo, (i) o instrumento escrito em que alguém manifesta a sua vontade ou declara ter conhecimento de algo, (ii) o DVD ou o *Blu-ray Disc* que contém uma gravação audiovisual, (iii) o CD, o disco de vinil ou a fita cassete que contém uma gravação sonora ou fonográfica, (iv) o CD-Rom, o *pen-drive* ou HD Externo em que são compilados arquivos eletrônicos de computador, (v) a fotografia impressa, revelada ou gravada num meio eletrônico, (vi) o correio eletrônico (e-mail), (vii) as mensagens trocadas em redes sociais e em aplicativos de *smartphones*, dentre tantos outros exemplos.

Diante disso, algumas conclusões já podem ser alcançadas.

i) A noção de documento não coincide nem se confunde com a noção de prova escrita. O documento não se resume à prova escrita, nem esta terá sempre o *status* de documento. Há prova documental não-escrita (p. ex., a fotografia) do mesmo modo que há prova escrita não documental (p. ex., o laudo pericial)¹³. A despeito disso, boa parte das regras relativas à prova documental fazem nítida associação da noção de documento à de prova escrita¹⁴.

10. É o que entendem ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t. 2, p. 486 e 526; CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 187-189.
11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 245, nota de rodapé n.º 34. Os autores exemplificam: “a queda de um raio, poderá deixar vestígios em algum material; e este suporte poderá ser utilizado, posteriormente, para a comprovação do fenômeno natural, sem que se possa atribuir a alguém a formação deste elemento”.
12. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 188.
13. Os exemplos são de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 231-232.
14. “Na verdade, a lei apenas regulamenta a chamada prova literal, não se preocupando diretamente com documentos que se não revistam da forma de escritos. Nem mesmo cuida de uma modalidade de documentos gráficos não escritos, em que o fato ou a ideia são representados por sinais não literais, mas gráficos, como desenhos, pinturas. Menos ainda cogita de instrumentos produzidos por meios plásticos, como a escultura,

ii) Nem tudo o que representa materialmente um fato, seja coisa ou pessoa, será necessariamente documento. As pessoas, ainda que tragam em seu corpo a representação de um fato, não podem ser consideradas documentos, por serem estes, como se viu, um meio *real* de representação. O seu depoimento, contudo, pode ser considerado um fato representativo de um outro fato, mas ele deverá ser colhido por outro meio probatório que não a prova documental (depoimento pessoal ou prova testemunhal, por exemplo). *Coisas e pessoas são fontes de prova* distintas.

iii) Há coisas que não são documentos, porque: (a) são fatos representativos de outros fatos, mas, por não decorrerem de atividade humana, não se consideram documentos – é o que se dá com as pedras que, esculpidas pela força das ondas do mar, representam a sua contínua e duradoura exposição àquela manifestação da natureza, sem que, por isso, sejam consideradas documentos; (b) não são representativas de outros fatos, mas apenas de si mesmas, como uma planta ou um animal, que representam apenas a sua própria existência¹⁵. São, *também*, fontes de prova, encaixando-se no gênero “coisa”, mas não pertencem à espécie documento.

2. DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL

O documento é a *fonte da prova*; é de onde se pode extrair a informação acerca do fato ou do ato nele representado. A prova documental é o *veículo* por meio do qual essa fonte vai ser levada ao processo para análise judicial; é a ponte entre o fato e a mente do juiz¹⁶.

Nem todo documento pode ser inserido no processo por *meio* da prova documental. Às vezes, o documento é fonte de prova, mas o fato nele representado chega à mente do juiz por outra via, distinta da prova documental. Basta pensar no exemplo do quadro que é pintado para retratar uma determinada realidade: isso é um documento, na medida em que é coisa que, em decorrência de uma atividade humana, representa materialmente um fato; mas essa coisa pode ser considerada pelo magistrado sem que precise ingressar no processo sob a forma de prova documental – pode ser objeto de análise, por exemplo, numa inspeção judicial ou numa prova pericial.

Pode ser também que o documento entre nos autos indiretamente, em função da utilização de um outro meio de prova, caso em que ele servirá de fonte indireta

modelos em gesso ou madeira, *facsimiles*, etc., que o direito moderno reconhece serem legítimas modalidades de documentos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 38). Perceba que essa doutrina foi escrita sob a égide do CPC-1939.

15. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 135.

16. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no Novo Código Civil”. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2006, p. 212. Ver a diferença entre *meio* e *fonte* de prova no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova, neste volume.

de informação para o juiz. Isso ocorre quando ele é objeto de análise pelo perito; o perito pode solicitar documentos à parte ou a terceiro, ou pode instruir o seu laudo com documentos, plantas, fotografias etc. (art. 473, § 3º, CPC).

Nesses casos, há coisas representativas de fatos, mas o que elas representam não chega ao processo pela via da prova documental.

Esse alerta, mais do que meramente teórico, tem bastante importância na medida em que são distintos os modos de produção dos meios de prova tipicamente previstos no CPC. Assim, se a coisa é um documento e deve ser apreciada diretamente pelo juiz, ingressará nos autos como prova documental, sujeitando-se ao seu modo de produção.

Nos casos, porém, em que (i) essa coisa representa um fato, mas não se insere no conceito de documento ou (ii) mesmo sendo um documento, não é possível o seu ingresso nos autos, ou ainda (iii) sendo documento e sendo possível o seu ingresso nos autos, isso é feito indiretamente, no curso de outro meio de prova (perícia, por exemplo), deve-se adotar outro procedimento de colheita da prova, que pode ser o da prova pericial, o da inspeção judicial ou, se a hipótese não se encaixar em nenhum desses tipos previstos na lei, qualquer outro procedimento, desde que sejam observados os direitos fundamentais à produção da prova, à vedação daquelas de conteúdo ilícito ou obtidas ilicitamente, ao contraditório e ao devido processo legal.

3. PROVA DOCUMENTAL E PROVA DOCUMENTADA

Não se confundem as noções de prova *documental* e de prova *documentada*.

Considerando que o formalismo do processo impõe, como regra, a documentação dos atos nele praticados¹⁷, a fim de que se possa ter um registro permanente da sua existência e do modo como esses atos foram realizados, pode-se ver que nem todo documento constante dos autos do processo representará, necessariamente, prova documental. Desse modo, por exemplo, a demanda do autor é documentada na petição inicial; a defesa do réu, na contestação; a decisão, na sentença; a colheita e o conteúdo da prova testemunhal e do depoimento pessoal das partes, no termo de audiência; a colheita e o conteúdo da prova pericial, no laudo técnico; e assim por diante.

Como bem explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “apesar de todos estes atos estarem representados por documentos nos autos, nem

17. Essa documentação dos atos processuais tradicionalmente é feita por meio de documentos escritos, mas já é possível a documentação eletrônica. É o chamado *processo em autos eletrônicos*, regulamentado pela Lei n. 11.419/2006.

por isso perdem a sua essência (de provas testemunhais, periciais etc.) para se tornarem provas documentais”¹⁸. E os referidos autores continuam, fazendo uma importante ponderação:

“São, sim, provas documentais *da colheita da prova no processo*; não, porém, no sentido de representação do fato original que se reconstruiu naquele feito. Ou seja, é possível dizer que aquele termo de depoimento, ou que o laudo pericial, é prova documental que representa diretamente o fato da colheita de material probatório em certo processo; em relação ao *fato primário* – objeto da prova que se colhia –, aqueles elementos permanecem sendo prova testemunhal e prova pericial, não se convertendo em prova documental por sua documentação. Vai daí que, conforme aquilo que se pretenda representar através da coisa, pode um mesmo objeto representar prova documental ou não: se a intenção for representar a *existência* da prova colhida (do depoimento, da perícia etc.), será o documento considerado prova documental; se, porém, se tiver por escopo representar os fatos a que o depoimento, a perícia etc. se referem, então a natureza da prova será outra, que não a documental”.¹⁹

Basta pensar numa situação em que o jurisdicionado ingressa com ação rescisória pleiteando a desconstituição de decisão judicial proferida em ação de investigação de paternidade, ao fundamento de que no processo originário não se produziu o exame de DNA. Nesse caso, o laudo técnico juntado aos autos do processo originário poderá servir ao réu como *prova documental* de que ali fora produzido, sim, o referido exame; isto porque o fato que se pretende provar é a *existência* da colheita da prova. Em relação ao fato representado no documento, no entanto (existência, ou não, do vínculo biológico de parentesco), consistirá em mera *prova documentada*.

Essa distinção tem relevância prática.

Ao estudar a prova emprestada, por exemplo, vimos que aquele meio típico de prova compreende a introdução, num determinado processo, de prova produzida em outro processo, preenchidos os requisitos necessários à sua utilização²⁰. A prova emprestada guarda, com isso, a mesma eficácia que possuía no processo em que fora efetivamente produzida. É dizer: se foi produzida como prova testemunhal, a juntada da ata de audiência num segundo processo guardará o mesmo *status* de prova testemunhal; se foi produzida como prova pericial, a juntada do laudo num

18. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários a o Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 235.

19. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 235-236.

20. Ver, sobre o assunto, item próprio no capítulo referente à Teoria Geral da Prova, neste volume do Curso.

segundo processo vai operar, igualmente, os mesmos efeitos de uma prova pericial, como se ela ali tivesse sido efetivamente produzida.

Assim, o que aí se vai ter é uma prova *documentada*, não *documental*²¹.

Essa noção é relevante porque, guardando o status que possuía no processo em que foi produzida, a prova emprestada torna desnecessária, por exemplo, nova oitiva das testemunhas ou nova diligência pericial, no segundo processo – salvo nos casos em que o magistrado, para melhor formar o seu convencimento, resolver determinar nova colheita da prova.

A distinção entre *prova documental* e *prova documentada* também é relevante para que se compreenda melhor a finalidade da ação de produção antecipada de prova (arts. 381 a 383, CPC).

Com efeito, essa ação tem por objetivo documentar a produção de outro meio de prova, típico ou atípico, nas hipóteses indicadas no art. 381 do CPC. Colhida e documentada a prova, poderá ela ser utilizada futuramente em outro processo, caso em que guardará a mesma eficácia probatória original, o mesmo status. Isto é: mesmo ingressando no processo por meio de documentos (prova documentada), será considerada prova testemunhal, pericial, inspeção judicial etc.

Por fim, essa distinção também é relevante para que se possa saber se é possível, ou não, ao jurisdicionado valer-se de procedimentos, como o do mandado de segurança, em que somente se admite a utilização da chamada prova pré-constituída. Nesses casos, a prova que se exige é aquela que demonstre diretamente o fato representado, de modo que somente se admite a utilização da prova documental.

4. IMPORTÂNCIA DA PROVA DOCUMENTAL

A importância da prova documental dentre os demais meios de prova está intimamente relacionada à principal característica do documento, que é, exatamente, a sua *estabilidade*. De acordo com a lição de Echandia, “el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios, cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad”.²²

Justamente por ter aptidão para representar um fato de modo permanente e duradouro, sem se perder nas armadilhas do tempo, o documento é considerado uma fonte segura de prova. Essa segurança se reflete na importância que se dá,

21. Há julgados do STJ em sentido contrário: “A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental” (STJ, 3ª T., REsp 683.187/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.11.2005, publicado no DJ de 15.05.2006, p. 203). Também em sentido contrário: STJ, 4ª T., REsp 772.595/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 03.02.2009, DJe 16.02.2009.

22. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p. 512.

normalmente, na experiência forense, à prova documental. Também se reflete na importância que o próprio legislador, até mesmo historicamente, passou a dar-lhe, sobretudo quando se trata de prova documental produzida por órgão público²³. Isso é algo que se pode, ainda hoje, perceber em alguns dispositivos de lei que, fazendo sobreviver o vetusto sistema da prova legal, exigem o documento como único meio de prova para a demonstração de certos fatos ou atos jurídicos (p. ex., art. 108 do Código Civil²⁴).

É verdade que, por se tratar de fonte *passiva* de prova – ou, como pontua Amaral Santos, por ser o documento uma *vox mortua*²⁵ –, algumas vezes é inútil a sua utilização no processo judicial, em razão da dificuldade de compreensão do fato que ele vem representar. Isto se dá nos casos em que, por exemplo, o escrito é confuso, obscuro, ou a gravação sonora é inaudível, ou ainda a gravação de imagens não permite a sua perfeita visualização, dentre outras tantas possibilidades. É muito difícil, em casos tais, que a prova documental possa influenciar positivamente no convencimento do magistrado.

Essa dificuldade poderia ser contornada se o meio de prova recaísse sobre uma fonte *ativa*, como ocorre com a testemunha, na prova testemunhal, ou a parte, no depoimento pessoal. Em casos tais, ainda é possível, mesmo quando a informação é passada de modo truncado, obter-se um esclarecimento e um resultado satisfatórios, através de perguntas e provocações dirigidas à fonte da prova (pessoa).

Justamente porque cada meio de prova tem lá suas vantagens e desvantagens, optou o legislador por estabelecer a regra de que não há hierarquia entre eles, podendo o magistrado formar o seu convencimento com base nas provas trazidas aos autos, independentemente de quem a trouxe, desde que fundamente a sua decisão (art. 371, CPC). Assim, em que pese a importância que tem a prova documental, ela se coloca, de uma forma geral, em pé de igualdade com todos os outros meios de prova, típicos ou atípicos.

23. Eis o que diz Moacyr Amaral Santos, que faz minucioso apanhado histórico da prova documental: “Aos tabeliães era atribuída a função de redigir e escrever em livros públicos tôda a sorte de escrituras, que, obedecendo às formalidades legais, equivaliam a escritos autênticos e tinham força de ‘prova provada’. Não só escrituras de contratos e convenções, mas todo e qualquer ato, testamentos, cédulas, codicilos, declarações de última vontade, instrumentos de posse, cartas de compra e venda, permuta, arrendamento, aforamento, soldadas, empenhamentos, obrigações, locações de prédios, enfim tôda e qualquer espécie de escrituras referentes a atos não proibidos pela lei. [...] A prova literal, sempre grandemente apreciada no direito lusitano, se colocava em posição avantajada no sistema probatório brasileiro, sendo exigida para a demonstração dos mesmos atos que a reclamavam as Ordenações Filipinas, adotadas como lei vigente, e mesmo de outros atos, em razão de sua natureza ou por motivo do seu valor. E, vista sob êsse aspecto, de tôdas as espécies de prova era a mais importante, dando azo a que, de um modo muito geral, se pudesse dizer, com referência ao direito pátrio, já quando se separou do português, que ‘lettres passent témoins’”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 27-28).

24. Art. 108, Código Civil. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

25. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 48-49, nota de rodapé n.º 91.

5. ELEMENTOS DO DOCUMENTO

5.1. Autoria do documento

5.1.1. Autoria material e autoria intelectual

Autor de um documento é a pessoa a quem se atribui a sua formação²⁶. A autoria é um pressuposto de existência do documento, porque é da sua essência que derive de um ato humano.

Um dos elementos do documento é o meio físico com que ele se materializa (denominado *suporte*). Assim, a autoria divide-se em: (i) *autoria material*, que é atribuída à pessoa que criou o *suporte* em que o fato está representado – por exemplo, a pessoa que escreveu o documento, ou que gravou o fonograma, ou, ainda, que fotografou o objeto; (ii) *autoria intelectual*, atribuída à pessoa a mando de quem essa criação foi feita – por exemplo, a pessoa que ditou o que deveria ser escrito no documento, ou a que ordenou, solicitou ou contratou a gravação ou a captação da imagem fotográfica.

De acordo com o art. 410 do CPC, reputa-se *autor* do documento particular tanto aquele que o fez e o assinou (inciso I), como aquele que o mandou fazer e assinou (inciso II), como ainda aquele que o mandou fazer, ainda que não o tenha assinado, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como ocorre com os livros empresariais e assentos domésticos (inciso III).

Investigar a autoria de um documento é importante para que se possa definir qual a fé que ele merece. Daí ter Amaral Santos afirmado que “tôda a teoria do documento se acha dominada pelo problema da sua paternidade”²⁷. Se um documento foi unilateralmente produzido pela parte (seja essa autoria material ou intelectual, ou ambas), será de pouca ou nenhuma eficácia *contra* a parte contrária, embora possa por ela ser utilizado *contra* o seu autor. Em outro exemplo, se o autor do documento é um servidor público (escrivão, chefe de secretaria, tabelião, oficial etc.), presumem-se idôneas a sua formação e a declaração dos fatos nele contida (art. 405, CPC).

5.1.2. Documento autógrafo e heterógrafo

Sempre que autoria material e intelectual se fundem numa só pessoa, diz-se que o documento formado é *autógrafo*; se distintos os autores material e intelectual, tem-se um documento *heterógrafo*²⁸. Autógrafo é, por exemplo, o recibo escrito e assinado por quem efetivamente recebeu a quantia indicada, ou o formulário

26. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 34.

27. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 35.

28. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 568.

eletrônico preenchido pela pessoa interessada na compra, via *internet*, de determinado produto. Heterógrafos, por outro lado, são as fotografias ou gravações obtidas por detetive particular a mando de alguém, ou o *e-mail* redigido por uma pessoa a mando de outra.

Vale observar, contudo, que essa nomenclatura foi lançada por Carnelutti para designar outra situação. Esse autor designava como *heterógrafo* o documento que não é formado por quem realiza o fato documentado, e *autógrafo* o documento que representa um fato da própria pessoa que o forma²⁹. Bem se vê, portanto, que os conceitos de documentos autógrafos e heterógrafos então anunciados nem sempre vão coincidir, porque nem sempre o autor intelectual do documento será o autor do fato nele representado. Isso *pode* acontecer, mas não necessariamente assim será.

5.1.3. Documentos públicos e particulares

A depender de quem seja o autor do documento, ele pode ser *público* ou *particular*.

“Será público quando o seu autor *imediato* for agente investido de função pública, e quando a formação do documento se der no exercício desta função [...]. Será, ao contrário, particular o documento quando sua autoria *imediata* se dê por ação de um particular ou mesmo de um funcionário público (desde que este não se encontre no exercício de suas funções)”³⁰.

Por isso, pode-se dizer que particular é todo documento para cuja formação não participou qualquer agente público no exercício de suas funções.

Historicamente, sempre se deu muito valor probatório ao documento *público*, que chegou a ser considerado por algumas legislações como “prova plena” de certos atos ou fatos³¹. O art. 215 do Código Civil³², por exemplo, atribui à escritura pública a eficácia de “prova plena”. Atestando a fé que sempre se costumou atribuir ao documento público, Carnelutti chegou a afirmar o seguinte:

“Um dos meios para garantir a fidelidade do documento (um dos remédios contra o perigo de sua infidelidade) consiste, portanto, em prover a sua formação mediante uma pessoa que ofereça garantias

29. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 197. Também nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 37.

30. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 245-246.

31. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, S/A, v. 4, t. 1, p. 215. O autor cita os exemplos dos ordenamentos francês e italiano.

32. Art. 215, Código Civil. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

intelectuais e morais para excluir ao máximo o perigo de erros de inteligência e de vontade na própria formação. Este provimento dá lugar ao documento *oficial*, contraposto ao *privado*".³³

Essa é uma classificação que leva em conta a função exercida pelo autor do documento. Leva em conta também a noção de documento como sinônimo de *prova literal*, na medida em que não cogita o legislador de um documento público *não-litera*l.

Sobre a eficácia probatória dos documentos públicos e particulares falaremos mais adiante, em item próprio.

5.1.4. Subscrição e identificação da autoria

A autoria é elemento de formação do documento. Ela, contudo, precisa ser demonstrada e provada. É o legislador quem indica a forma pela qual se deve demonstrar e comprovar a autoria. O meio mais comum para tanto é a chamada *subscrição*, que nada mais é que a aposição de um sinal exclusivo – uma assinatura manuscrita ou uma impressão digital (utilizada, por exemplo, por analfabeto) – que identifica o autor do documento.

Mas a subscrição não é o único meio de identificação da autoria de um documento.

Segundo Humberto Theodoro Jr., “não se admite que o conceito de documento particular autêntico fique restrito às escrituras com assinatura autógrafa do declarante”. O autor lembra da *autenticação mecânica*, que é um meio eficaz e bastante difundido de se demonstrar a autoria de uma declaração³⁴. Assim, por exemplo, a autenticação mecânica lançada pela instituição bancária ao pé do boleto representativo da dívida, corresponde à sua declaração de recebimento, na data indicada, do valor ali informado; a autenticação mecânica lançada pelo sistema informatizado do Poder Judiciário no corpo de uma petição corresponde à declaração de que recebera aquela peça naquela data etc.

Além disso, os documentos eletrônicos apresentam uma forma singular de identificação da autoria, que é a *assinatura digital*. Ela pode ser utilizada para a prática de atos processuais como o peticionamento eletrônico (art. 193, CPC; art. 2º³⁵, Lei n. 11.419/2006) e para a identificação de pronunciamentos judiciais (art. 205, § 2º, e art. 263, ambos do CPC).

33. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 220-221.

34. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 496.

35. Art. 2º, Lei n. 11.419/2006. O envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

Há quem entenda tratar-se a subscrição (identificação) de elemento essencial à própria existência do documento³⁶. Assim não nos parece, porém. Um documento pode existir independentemente de subscrição: é o que se dá, por exemplo, com os que, conforme a experiência comum, não se costumam assinar, como ocorre com os livros empresariais e assentos domésticos (art. 410, III, CPC), com o testamento militar (art. 1.893, Código Civil) ou com a nota escrita pelo credor, ainda que não assinada, no corpo do documento representativo da obrigação (art. 416, CPC).

Mesmo quando a subscrição é exigida e não consta do documento, não se pode dizer que ele é *inexistente*. O documento anônimo (não-subscrito), por exemplo, é documento, isto é, existe; pode ser que o legislador lhe impute a sanção de invalidade ou que lhe retire a eficácia probatória, mas isso não o torna inexistente.

O que se exige para a formação de um documento é a *autoria*. A subscrição serve para *provar a autoria*, mas, como se viu, não é a única forma, pois até mesmo os documentos escritos podem ter a sua autoria provada de outras formas, como pelo exame grafológico ou mesmo pela presunção de autenticidade decorrente da admissão expressa ou tácita do documento.

5.1.5. Autenticidade

Demonstrada a autoria, cumpre investigar se essa demonstração realmente aponta para o efetivo autor do documento. Surge, então, o problema da sua *autenticidade*. É *autêntico* o documento quando a autoria *aparente* corresponde à autoria *real*³⁷, isto é, quando ele efetivamente provém do autor nele indicado³⁸.

Essa autenticidade se presume em relação ao documento público, já que ele faz prova da sua formação (art. 405, CPC). Do mesmo modo, considera-se autêntico o documento particular: (i) se o tabelião reconheceu a firma do signatário (art. 411, I, CPC) – isso vale para o reconhecimento *por autenticidade* (a assinatura é lançada na presença do tabelião) e para o reconhecimento *por semelhança* (o tabelião simplesmente compara a assinatura lançada com um modelo de que disponha); (ii) quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico³⁹ (art. 411, II, CPC); e (iii) quando não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento (art. 411, III, CPC).

Em todos os casos, porém, tem-se uma presunção *iuris tantum*, que pode ceder em face de prova em contrário⁴⁰.

36. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 201-203; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 246.

37. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 204.

38. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 44.

39. É o caso do documento eletrônico cuja assinatura digital foi certificada através do processo disponibilizado pela ICP-Brasil (art. 10, *caput*, da Medida Provisória n. 2.200-2/2001). Sobre esse assunto ver item mais adiante.

40. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 63.

5.2. Conteúdo

Considerando que o documento é coisa representativa, o seu conteúdo é composto exatamente pela representação de um fato ou de uma manifestação do pensamento. Tendo em vista a diversidade dos fatos da vida que se podem fazer representar num documento, é inútil tentar classificá-los. “A única distinção a estabelecer se baseia no critério de se o fato documentado é ou não uma declaração do homem”⁴¹.

Os documentos que contêm uma declaração humana podem ser classificados em⁴²: (i) documentos *dispositivos*, assim entendidos aqueles que contêm uma declaração *de vontade* (ou declaração *constitutiva*), como é o caso do instrumento de contrato, que representa os atos volitivos das partes contratantes; e (ii) documentos *testemunhais*, assim entendidos aqueles que contêm uma declaração *de ciência* (ou declaração *de verdade*, ou ainda declaração *narrativa*, ou declaração *de fato*), como é o caso do recibo de pagamento ou do boletim de ocorrência.

Quando alguém faz uma transação bancária ou contrata um serviço por telefone, a gravação do diálogo comporá o conteúdo do documento que eventualmente venha a ser utilizado depois como meio de prova desse ato jurídico (sentido amplo). O meio magnético em que essa gravação se contém pode ser considerado um documento *dispositivo*, porque, em seu conteúdo, há a representação de uma declaração *de vontade*. Por outro lado, se o objeto da gravação é um diálogo telefônico em que os participantes simplesmente falam sobre fatos que aconteceram, esse meio magnético representará um documento *testemunhal*, porque a declaração aí contida cinge-se à narração de fatos da vida.

A distinção tem importância prática: o documento declarativo prova a *declaração*, seja ela constitutiva ou narrativa. Nos casos em que o que se pretende provar é a *declaração em si*, a só apresentação do documento já é suficiente para tanto. Por exemplo: o instrumento de contrato, quando devidamente assinado, faz presumir que o signatário declarou a sua vontade no sentido de constituir aquele negócio jurídico (art. 408, CPC); o *e-mail*, pelo qual se encaminha uma proposta de prestação de serviço, faz presumir que o seu remetente manifestou a vontade no sentido de contratar com o destinatário segundo os termos propostos.

Quando, pois, a intenção da parte é provar *uma declaração de vontade*, os documentos dispositivos são plenamente eficazes. O mesmo não se pode dizer, contudo, dos documentos testemunhais, porque eles têm o condão de provar a

41. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 213.

42. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 213-218; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 39-42.

declaração, mas não o fato declarado⁴³. Assim, por exemplo, o boletim de ocorrência prova que, em determinados dia e horário, alguém apresentou-se à autoridade policial para prestar declarações acerca de determinados fatos, mas não prova que os fatos por ela narrados efetivamente ocorreram.

5.3. Suporte

De acordo com a lição de Marinoni e Arenhart, “o *suporte* constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida”⁴⁴. Como já se viu, a larga utilização do documento como prova tem ligação direta com a sua estabilidade e durabilidade como fonte de representação de um fato ou de uma ideia. A estabilidade e durabilidade, no entanto, muitas vezes vão depender do *suporte* em que o fato ou a ideia está representado.

Pense, por exemplo, em um pedido de compra de produtos, com descrição das respectivas quantidades e especificidades, enviado ao fornecedor por aparelho de *fac-símile*: o papel utilizado na impressão não garante a durabilidade do documento, na medida em que, com o tempo, os símbolos gráficos nele impressos desaparecem e, com isso, perde-se também a informação nele representada. Trata-se de suporte cuja durabilidade está limitada a certo prazo, o que diminui o valor probatório do documento que materializa.

O suporte mais comum de que se tem conhecimento é o *papel*, que é utilizado normalmente para a documentação *escrita*. Sempre foi muito comum também a utilização de fitas magnéticas (fitas cassete e VHS) para a documentação de sons e imagens.

Esse, porém, é um ponto do estudo sobre a prova documental que vem sofrendo forte influência do avanço tecnológico.

Com efeito, se é verdade que o meio físico clássico de que normalmente as pessoas se utilizam para a representação de fatos e ideias é o *papel*, não menos verdade é que o passar do tempo vem revelando outras espécies de suporte para a documentação escrita desses fatos e ideias. Exemplos disso são os chamados *documentos eletrônicos*, que têm existência meramente virtual e não estão associados

43. Salvo se se tratar de fato contrário ao interesse do declarante, isto é, fato confessado, diz Cintra (CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 4, p. 108). É o que Carnelutti e Amaral Santos chamam de “documentos confessórios” ou “declarações confessórias”, respectivamente (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 214; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no Cível e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 40).

44. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 238.

a nenhum meio físico que lhes sirva de suporte. No entanto, para que possam ser apresentados em juízo, muitas vezes precisam ser acondicionados em dispositivos de armazenamento de dados (p. ex., mídias, *pen-drives* etc.), salvo se o processo em que será inserido for também virtual (ou *processo eletrônico*).

Para a documentação de sons e imagens, tem-se feito larga utilização de arquivos eletrônicos, que também podem ser inseridos nos autos do processo através de dispositivos de armazenamento de dados, como DVD e o *Blu-ray Disc*. É o que acontece, por exemplo, com as fotografias obtidas por meio das chamadas câmeras digitais.

A identificação do suporte e das suas especificidades é importante não só para aferir a sua estabilidade e durabilidade como também porque disso vai depender, muitas vezes, a *forma* como o juiz deve ter acesso às informações nele representadas, isto é, disso vai depender a forma como a prova documental vai ser produzida.

Quando esse suporte é o papel, por exemplo, a sua simples juntada aos autos do processo já é suficiente para pôr o magistrado em contato com as ideias ou fatos ali representados. Quando, porém, o suporte é um DVD que contém arquivos audiovisuais, a sua simples juntada aos autos não é suficiente para que a prova documental tenha sido produzida: justamente porque este tipo de suporte não é capaz de, pura e simplesmente, revelar, como o papel, o fato representado, exigindo a utilização de outros meios tecnológicos para que a informação possa ser extraída (a utilização de um aparelho leitor de DVD), a produção desse tipo de prova exigirá um pouco mais de cuidado, o que será visto mais adiante, quando formos tratar da *produção* da prova documental.

6. DOCUMENTO E INSTRUMENTO

Há duas espécies de documento (sentido amplo): o instrumento e o documento em sentido estrito. *Instrumento* é o documento escrito adrede preparado, com a finalidade específica de produzir prova futura do ocorrido⁴⁵. Um contrato escrito é um instrumento, eis que a principal função da escritura é fazer prova da existência do negócio, bem assim dos seus termos.

Já o *documento em sentido estrito* é aquele formado sem que se tenha o objetivo específico de utilizá-lo no futuro como prova do fato nele representado. Fotografias ou vídeos, embora inicialmente pretendam apenas registrar certos momentos, podem ser utilizados no futuro, por exemplo, como prova da existência de união estável, ou da forma como se deu um acidente de trânsito.

45. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 400.

Quando se afirma, contudo, que o rito especial do mandado de segurança somente pode ser utilizado quando o impetrante puder demonstrar suas alegações através de *prova pré-constituída*, não se está querendo dizer com isso que, neste procedimento, somente os *instrumentos* podem ser utilizados como fonte de prova – em absoluto. Com isso, quer-se dizer apenas que toda a prova deve ser documental – qualquer que seja a espécie de documento utilizado –, já que não se admite, nesse tipo de procedimento, dilação probatória.

Como se vê, leva-se em conta a *finalidade* do documento (sentido amplo) para defini-lo como documento (sentido estrito) ou como instrumento. Para Echandia, no entanto, instrumento é um *documento escrito*. O autor não leva em conta, portanto, a finalidade do documento, mas sim o fato de ser ele *escrito*⁴⁶.

7. DATA DO DOCUMENTO

É importante saber quando um determinado documento foi formado ou quando se passaram os fatos nele representados. Dessa informação podem advir algumas consequências jurídicas.

Por exemplo: a data em que se assinou o DUT de um veículo é o marco, ao menos em tese, da transferência da sua propriedade a terceiro, o que pode servir ao ex-proprietário para livrar-se, no futuro, de multas de trânsito ou mesmo de responsabilidade por danos eventualmente causados pelo adquirente; a data em que as partes declaram firmar um contrato de compra e venda é importante para delimitar, por exemplo, se a alienação do bem se deu em fraude à execução.

Muitas vezes também é importante saber quando se passaram os fatos representados no documento, nos casos em que ele contém declarações narrativas. Por exemplo: numa ação possessória em que foram utilizadas fotografias para a demonstração do esbulho ou da turbação, é preciso identificar a data em que os fatos retratados aconteceram, para aferir se é possível conceder a liminar possessória; numa demanda em que se pede a cessação de atividade nociva ao meio ambiente (p. ex., emissão de gases tóxicos), pode ser importante, para que se peça uma providência de urgência ao juiz, demonstrar, num vídeo, o volume da emissão dos gases e a sua atualidade⁴⁷; para a comprovação do tempo de união estável, a data do contrato de convivência é muito importante.

46. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p. 542.

47. Nos casos tomados como exemplo, é comum a utilização de jornais do dia para a demonstração da data em que acontece o fato representado, bastando que se coloque a primeira página do periódico na cena fotografada ou filmada. Embora rudimentar, a técnica tem sido de alguma valia no dia-a-dia forense.

A princípio, presume-se que o documento se formou na data nele lançada e que os fatos nele narrados se passaram na data afirmada. Havendo impugnação, porém, esse é um dado que pode ser demonstrado por todos os meios de prova admitidos (art. 409, CPC) – aliás, nessa parte, o art. 409 não acrescenta absolutamente nada de novo ao sistema, eis que essa possibilidade já é conferida pelo art. 369 do CPC.

Na verdade, o art. 409, como um todo, é muito pouco útil. Diz ele que, em relação a terceiros, considera-se datado o documento particular: (i) no dia em que foi registrado; (ii) desde a morte de algum dos signatários; (iii) a partir da impossibilidade física que sobreveio a qualquer dos signatários; (iv) da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; (v) do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

A rigor, o inciso I não cuida da data da *formação* do documento, mas sim da sua *eficácia* em face de terceiro, o que somente se dá, de uma forma geral, quando registrado em registro público (art. 221, Código Civil⁴⁸). Quanto a este e aos demais incisos, vale a pena transcrever a lúcida crítica de Cândido Rangel Dinamarco:

“Os incs. II e III contêm regras de intuitiva legitimidade, ao mandarem que nunca se considere feito o documento depois da morte do signatário ou do momento em que ele se haja tornado fisicamente incapacitado; os incs. I e IV, também óbvios, impedem que o documento se considere feito depois do dia em que tiver sido registrado ou apresentado em repartição pública ou em juízo. A essas disposições, que chegam a ser ingênuas, poder-se-ia acrescentar, com o mesmo grau de ingenuidade, que também não se aceita como momento da formação do documento, alguma data anterior ao nascimento do signatário...”.⁴⁹

Essas disposições, que bem podem ser utilizadas também em relação à parte⁵⁰ (não só ao terceiro) nos casos em que houver dúvida quanto à data do documento e nenhum outro meio de prova for capaz de dirimi-la, não vão indicar senão o período em que o documento *provavelmente* foi formado. E para isso seria dispensável previsão legislativa, já que, além desses, são múltiplos os indícios que podem ser utilizados pelo magistrado para presumir a provável data de formação.

48. Art. 221, Código Civil. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

49. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 579.

50. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 302-303.

8. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO

8.1. Introdução

Nos artigos 405 a 429, o Código de Processo Civil cuida do que chamou de “força probante dos documentos”. Traz, nesses dispositivos, inúmeras regras relativas à eficácia probatória de documentos públicos e particulares, descendo a minúcias muitas vezes desnecessárias. Essa postura, certamente decorrente da força que sempre teve a prova documental dentre os demais meios de prova – sobretudo a prova documental calcada em documento *público* –, é passível de crítica, porquanto em nítido descompasso com a regra do convencimento motivado adotada pelo nosso sistema.

De qualquer modo, considerando que as regras existem, é necessário conhecê-las e entender que função exercem dentro do sistema e em que medida elas se relacionam com a regra do convencimento motivado. É o que ora se tenta fazer.

8.2. Força probante dos documentos públicos

8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público

O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença (art. 405, CPC). A presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público decorre da fé pública que lhe é reconhecida (p. ex., art. 215, Código Civil).⁵¹

“É preciso distinguir, porém, entre o que o oficial declara e o que ao oficial é declarado. A fé pública cobre a declaração formulada pelo oficial, mas não atribui veracidade ao conteúdo da declaração formulada pelo interessado ao oficial. Quanto a esta, só ficará atestada como veraz sua existência, isto é, haver sido formulada tal e qual; não a sua veracidade, ou seja, a atestação do oficial não confere veracidade ao conteúdo do que lhe é declarado”.⁵²

Questão interessante é saber se, para que se caracterize um documento como sendo público, o agente público de quem ele emanou deve ter a função específica de certificar/documentar ou pode ser qualquer agente público, desde que no

51. Daí afirmarem Marinoni e Arenhart que “a fé pública do agente é requisito indispensável para a caracterização do documento público, uma vez que a grande tônica, que distingue esta figura do documento particular, é a sua máxima eficácia probatória” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 259-260).

52. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 218.

exercício das suas funções, ainda que essas funções não sejam de certificação/documentação.

Um ofício redigido e assinado por um Ministro de Estado, no exercício de suas funções típicas, tem natureza de documento público, comparável à do documento redigido e firmado por um agente notarial?

Considerando que é um princípio geral de direito público a presunção de veracidade e legitimidade do ato praticado por servidor público no exercício de suas funções públicas (ainda que não sejam de certificação/documentação), pode-se emprestar ao documento firmado por qualquer agente público a natureza de documento público, o que permitirá presumir a sua autenticidade e a veracidade do que nele se contém⁵³.

No entanto, a presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo que paira sobre tais documentos é uma presunção *iuris tantum*, que, por isso mesmo, pode ceder diante de prova em contrário. Para isso, é necessário que a parte contra quem se produziu o documento suscite, na forma e no prazo do art. 430 e seguintes, o incidente de arguição de falsidade, nos casos de falsidade material, ou demonstre, por outros meios de prova, a sua falsidade ideológica.

8.2.2. A caracterização da escritura pública como “prova plena”. Crítica à utilização da expressão “prova plena”

O art. 215 do Código Civil⁵⁴ repete o que dizia o art. 134, § 1º, do Código Civil de 1916, quanto ao fato de a escritura pública fazer “prova plena”. Essa expressão deve ser bem compreendida e interpretada à luz da regra do convencimento motivado. Primeiramente, deve-se observar que o dispositivo apenas se refere à escritura pública, que é uma espécie de documento público⁵⁵, escrito em língua nacional (art. 215, § 3º, Código Civil), cuja forma deve indicar, além de outros requisitos que lei específica eventualmente lhe imponha, os dados indicados no § 1º do art. 215 do Código Civil⁵⁶.

53. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 267-269.

54. Art. 215, Código Civil. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

55. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 433.

56. Art. 215, § 1º: I – data e local de sua realização; II – reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; III – nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; IV – manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; V – referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; VI – declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; VII – assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

Em segundo lugar, não se quer com isso dizer que esse tipo de documento é absoluto e que deve sempre prevalecer sobre qualquer outro documento ou meio de prova, como ocorre no direito italiano⁵⁷. A interpretação a ser dada é a de que a sua autenticidade e a veracidade do seu conteúdo são presumidas, embora essa presunção seja relativa. Só isso⁵⁸.

Assim, as partes podem pretender, por exemplo, mesmo quando a lei assim não lhes imponha, dar forma pública a um ajuste por elas firmado. Como, porém, a forma pública, na maioria dos casos, não é da substância do ato – portanto, não é exigível –, esse documento não prevalecerá, somente por ser público, sobre os outros documentos ou outros meios de prova que com ele se mostrem incompatíveis. É possível ao juiz, por exemplo, apesar de o documento público indicar que as chaves de um determinado imóvel foram entregues a uma das partes na frente do servidor público, convencer-se do contrário, à luz das outras provas produzidas nos autos do processo.

É preciso, ainda, tecer críticas à opção do legislador do Código Civil, que reutilizou a locução “prova plena”, já ultrapassada.

O CPC não se vale dessa expressão em nenhum de seus artigos; tampouco o CPC-1973 o fazia.

Ovídio Baptista, tratando do CPC-1973, lembra que, “tanto o anteprojeto BUZAID (art. 396) quanto o projeto definitivo governamental (art. 368) continham no texto do dispositivo correspondente ao atual art. 364 do CPC a declaração de que o documento público faria ‘prova plena’ não só de sua formação, mas igualmente dos fatos que o escrivão, o tabelião ou outro qualquer funcionário que o tivesse elaborado declarasse haver ocorrido em sua presença. O Congresso Nacional, porém, durante a votação do projeto, suprimiu a locução ‘prova plena’”⁵⁹

Isso demonstra a inequívoca intenção do legislador brasileiro de proscrever a malsinada expressão – e, como se sabe, a promulgação e a vigência do CPC-1973 foram coevas à divulgação do Anteprojeto de Novo Código Civil, que, no particular, já nasceu desatualizado⁶⁰. Trata-se, sem dúvida, de lapso imperdoável do legislador

57. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 267-268.

58. Nesse sentido: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 221; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 170; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 264-266.

59. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 383.

60. O §1º do art. 134 do CC-1916 foi acrescentado pela Lei n. 6.592/1981, aparentemente revogando o sistema do Código de Processo Civil Brasileiro, por ser norma mais recente. No entanto, não é essa a melhor solução. Lembre-se que a Lei n. 6.592/1981 resultou de considerações feitas pelo Min. Moreira Alves sobre

civilista, certamente resultante de uma tradução acrítica de textos legais estrangeiros, ainda presos a essa sistemática.

BARBOSA MOREIRA apercebeu-se do equívoco, coma precisão de sempre: ‘Bemartiga é a expressão,efrequentementeausavamosvelhospraxistas,quefalavamde‘prova plena’ e de ‘prova semiplena’ para assinalar uma gradação da força persuasiva das provas: seria ‘plena’ aquela que, por si só, trouxesse uma carga de convencimento bastante para fundar a decisão da causa; ‘semiplena’ aquela que, não suficiente em si mesma, teria de conjugar-se com outros adminículos para servir de base à convicção do juiz. A semelhante classificação falta manifestamente qualquer dose de rigor científico. Os escritores que a acolhiam limitavam-se a ecoar textos legislativos de seu tempo; mas desde época já distante a classificação foi criticada em sede doutrinária. Não era possível, de resto, continuar a prestigiá-la apesar do progressivo descrédito em que modernamente caiu o chamado sistema da ‘prova legal’, no sentido de aprioristicamente tarifada. O princípio da livre valoração da prova pelo juiz predomina de modo significativo nos ordenamentos processuais contemporâneos e, segundo autorizada doutrina, ‘provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório’. É pena que o novo Código Civil insista aqui em coarctá-lo: no particular, se é lícito repetir locução um tanto desgastada pelo abuso, a Lei nº 10.406 trafega na contramão da História’.⁶¹

8.2.3. O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 406, CPC)

Há casos, no entanto, em que o legislador exige forma especial como sendo da substância do ato jurídico (forma *ad solemnitatem*); às vezes, a forma especial exigida é o instrumento público. É o que se dá, por exemplo, nos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, para os quais se exige, como elemento, a escritura pública (art. 108, Código Civil). Nesses casos, o ato somente poderá ser provado mediante a juntada do

a legislação brasileira acerca da escritura pública, sendo ele o seu inspirador (essa lei resultou de projeto apresentado pelo Senador Paulo Brossard, que, em sua justificativa, transcreveu conferência que o Ministro Moreira Alves havia feito a respeito do assunto; cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 160-161) – e o eminente Ministro foi o responsável pela elaboração da Parte Geral do Novo Código Civil, o que no caso não é mera coincidência. Ademais, como ensina Moniz de Aragão: “...a redação se incumbe de denotar que a prova plena, que o texto afirma, conjuga-se à fé pública de que a escritura é dotada. Como o sistema processual brasileiro é avesso à ‘prova plena’ e consagra a liberdade na apreciação da prova pelo julgador, na verdade essa lei não foi além de reafirmar que os atos cobertos pela fé pública do tabelião têm por si a presunção *iuris tantum* de veracidade que lhes é peculiar”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 221).

61. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Código Civil e o direito processual”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, 105.

instrumento público⁶²; nenhum outro meio, por mais especial que seja, poderá suprir-lhe a falta (art. 406, CPC).

Considera-se, em casos tais, o documento como sendo substancial e, portanto, *indispensável* à propositura da demanda, razão por que, se tiver de ser utilizado pelo autor, deve acompanhar a petição inicial, sob pena de indeferimento (arts. 320 e 321, CPC). Por ser o único meio apto à prova do ato jurídico, a sua falta não pode ser suprida nem mesmo pela confissão expressa ou ficta (arts. 341, II, e 345, III, CPC).

Trata-se de resqúcio do sistema de tarifamento das provas, ou da prova legal. O legislador atribui, prévia e abstratamente, ao instrumento público um valor probatório exclusivo, colocando-o numa posição hierarquicamente superior à dos demais meios de prova. Com isso, cria uma espécie de ponte entre o direito material e o processual, na medida em que, se o direito material reputa nulo (ou inexistente) o ato jurídico que não se revestiu da forma por ele exigida, esta nulidade (ou inexistência) dar-se-á em todas as esferas, inclusive na esfera processual⁶³.

Isso, contudo, não exclui o convencimento do juiz, forçando-o a considerar provado, ou não provado, um fato somente porque a regra legal impõe uma forma solene. Este é um *elemento* a ser enfrentado no momento da justificação da decisão – e pode ser *afastado* se demonstrada, no caso concreto, a sua inconstitucionalidade ou a falta de razoabilidade.

Pontes de Miranda, tratando do CPC-1973, esclarece que “o art. 366 [atual art. 406] só alude à falta do instrumento público. Falta, aí, está em sentido de ‘não feito’. Se houve instrumento público e queimou-se o livro do cartório, outro é o problema”⁶⁴. Com isso, se a parte consegue demonstrar que o instrumento público *existiu*, mas se perdeu por um motivo qualquer, autorizado estará o juiz a afastar a incidência da regra e admitir outros meios de prova do ato.

Outro exemplo é dado por MARINONI e ARENHART: “é de se pensar na hipótese em que alguém pretende provar, em juízo, que o negócio jurídico, embora tenha sido realizado (e seja, então, existente), não obedeceu ao requisito de forma específica e, portanto, é nulo, pleiteando esta declaração ante o Judiciário. Para esta hipótese, é claro, há de admitir-se a produção de outros meios de prova para comprovar a efetiva realização do negócio, bem como a ausência da forma específica, a fim de permitir a dedução da pretensão que interessa ao

62. Vale observar que a regra apenas alude ao *instrumento*, que se distingue do *documento* em sentido estrito, como se viu, por constituir-se em prova pré-constituída.

63. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 278.

64. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, ob. cit., p. 363.

autor: a declaração da nulidade do ato. Fossem estas outras provas inadmissíveis, então toda pretensão desta ordem ficaria obstaculizada, o que, de pronto, observa-se ser um disparate”.⁶⁵

Ou seja: *a princípio*, a regra sobre prova legal deve ser obedecida. A simples inobservância – desacompanhada de argumentação específica quanto a eventual inconstitucionalidade ou falta de razoabilidade no caso concreto – pode dar ensejo à discussão do assunto pela via do recurso especial, diante da afronta à lei.

Outra questão que se propõe é a de saber se o art. 406 se aplica também às situações em que o instrumento público é exigido, como requisito de validade, pela convenção das partes, e não pela lei. Por exemplo, se o contrato social de uma empresa prevê que a outorga de poderes de representação judicial deve ser feita por instrumento público, a prova dessa representação poderá ser feita por qualquer meio de prova ou será exigível o instrumento público?

É possível que, por convenção das partes, se imponha a um ato jurídico (sentido amplo) uma forma específica. Tanto que o art. 109 do Código Civil prevê que “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Por isso, “um negócio informal poderá passar a formal por convenção das partes”⁶⁶. Desse modo, quando o instrumento público é forma imposta por convenção das partes, somente ele poderá ser utilizado como prova, afastando-se todos os outros meios⁶⁷.

8.2.4. O documento público irregular (art. 407, CPC)

Por último, diz o art. 407 do CPC que “o documento feito por oficial público incompetente ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular”.

Um dos requisitos de validade do ato administrativo é a competência do agente público para a sua prática. O vício da incompetência pode se revelar de três formas⁶⁸: (i) *usurpação de função*, que se dá quando alguém exerce as atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade; (ii) *excesso de poder*, que ocorre quando o agente público excede os limites da sua competência, praticando ato que está fora dos limites das suas atribuições; (iii) *exercício de função de fato*, que

65. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 280.

66. VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137)”. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193.

67. Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, ob. cit., p. 363.

68. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 246-247.

se caracteriza quando o agente está investido irregularmente no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem uma aparência de legalidade.

Já o vício de forma “consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (art. 2º, p. único, “b”, da Lei n. 4.717/1965).

A despeito de configurar requisito de validade do ato administrativo, o vício da *incompetência* do agente público vem sendo relevado nos casos em que ele se revelar pelo exercício da *função de fato* e ficar demonstrada a boa-fé da parte. Trata-se da aplicação da “teoria do funcionário de fato”⁶⁹. Nesses casos, privilegiava-se a segurança jurídica e a confiança depositada pelo particular naquele que, aparentemente, reunia todas as características de um agente público e assim se apresentava. Em razão disso, é procedente a crítica feita por Marinoni e Arenhart, no sentido de que:

“Dever-se-ia deixar ao prudente critério judicial o exame da situação concreta, a fim de que o magistrado pudesse avaliar da boa-fé ou não na elaboração do documento público pelo oficial e, conseqüentemente, conceder-lhe ou negar-lhe validade como tal. Esta solução estaria muito mais consentânea com a orientação da doutrina moderna, tanto de direito privado como público, e permitiria apreensão muito mais exata dos matizes da realidade fática”.⁷⁰

Os autores, no entanto, entendem que “não foi esta a orientação seguida pelo legislador pátrio, e da clara dicção do texto legal não se pode fugir”⁷¹, o que não nos parece ser correto. A despeito da disposição do art. 407, parece sim possível ao magistrado afastá-la nos casos em que ficar evidenciada a boa-fé da parte que produziu o documento irregular. Nessa situação, o documento, não obstante irregular, manteria a força probatória de qualquer documento público. Trata-se de aplicação do princípio de proteção da *boa-fé*, que tutela a *confiança*, valor fundamental de um ordenamento jurídico.

Não sendo este o caso, se a parte tinha como ter conhecimento do vício da incompetência, ou se o vício formal não pode ser convalidado, o documento irregular, ainda que público, terá o valor (isto é, a força probatória) de um documento particular, *desde que* esteja subscrito pelas partes. Devem ser feitas, no entanto, as seguintes ponderações:

69. Sobre o tema, de forma detalhada, JEZÉ, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Edición de Palma, 1949, t. 2, p. 311-433.

70. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 285.

71. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 285.

a) O documento público irregular somente poderá ser aproveitado, atribuindo-se-lhe a eficácia de um documento particular, nos casos em que a forma pública não for substancial (forma *ad probationem*); sendo substancial a forma, a conversão seria inútil, porque inexistente seria o ato praticado sem a sua observância;

b) Somente se admitirá o aproveitamento do documento público irregular como documento particular se e *na medida em que* estiverem satisfeitos os requisitos de validade e as condições de eficácia deste último⁷². Assim, por exemplo, se, além de subscrito pelas partes, o documento público irregular não estiver subscrito por duas testemunhas, não poderá valer como título executivo extrajudicial, porque o art. 784, III, do CPC, exige, nesses casos, essa condição específica para que ao documento se atribua a eficácia executiva;

c) Do mesmo modo, só que numa perspectiva inversa, se para a eficácia probatória do documento particular não se exigir subscrição, o documento público irregular terá a força probatória do documento particular, ainda que não subscrito pelas partes⁷³. É o que se dá, por exemplo, com os documentos que, conforme a experiência comum, não se costumam assinar, como ocorre com os livros empresariais e assentos domésticos (art. 410, III, CPC), com o testamento militar (art. 1.893, Código Civil) ou com a nota escrita pelo credor, ainda que não assinada, no corpo do documento representativo da obrigação (art. 414, CPC).

8.3. Força probante dos documentos particulares

8.3.1. Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 408, caput, CPC)

As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário (art. 408, caput, CPC, c/c art. 219, Código Civil), se não houver dúvida da sua autenticidade (art. 412, CPC). A presunção que se erige é relativa, admitindo prova em contrário.

Dessa regra é possível extrair algumas conclusões.

a) O reconhecimento expresso da autenticidade e da veracidade das declarações contidas no documento pode ser anulado quando se demonstrar ter-se produzido por erro de fato ou coação. Embora o enunciado do art. 372, p. único, do

72. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, ob. cit., p. 364; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 176.

73. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 288.

CPC-1973⁷⁴ não tenha sido repetido no CPC-2015, a admissão expressa nada mais é que uma *confissão* e, por isso, aplica-se aqui o disposto no art. 214 do Código Civil e no art. 393 do CPC. Sobre o assunto, ver o que dissemos sobre a invalidação da confissão, no capítulo sobre Confissão, neste volume do *Curso*.

b) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, não podem ser presumidas verdadeiras em relação a quem não o subscreveu; assim, por exemplo: se alguém afirma, por escrito, ter entregado a uma outra pessoa uma quantia em dinheiro, essa afirmação, se não for ratificada por essa outra pessoa, apenas prova que houve uma declaração, mas não a efetiva entrega do dinheiro; se alguém envia a outrem uma proposta negocial, não se pode presumir, a partir disso, que as cláusulas e condições ali indicadas foram aceitas pelo oblato⁷⁵.

c) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, fazem prova contra o signatário, quando lhe forem desfavoráveis, porque “ordinariamente o *homo medius* não mente ao declarar contra si”⁷⁶.

Por ser relativa a presunção de veracidade de que trata o art. 408, é possível afastar essa conclusão. É o que pode acontecer, por exemplo, nos casos em que: (i) o autor do documento é analfabeto, o que faz intuir não ter tido ele conhecimento do conteúdo do documento que assinou; (ii) o documento contém caracteres minúsculos ou é tão extenso e complexo que se torna difícil, segundo as regras da experiência, a sua leitura integral antes da subscrição⁷⁷; (iii) a não impugnação do documento decorreu de coação ou erro⁷⁸; (iv) houver, nos autos do processo, outros meios de prova que derrubem a presunção.

d) As declarações lançadas num documento, sendo favoráveis ao signatário, não lhe servem de prova contra a outra parte, se esta não participou da sua formação – é o chamado “documento unilateral”. Nada obstante, os livros empresariais, que preencham os requisitos exigidos por lei e não contenham vícios extrínsecos ou intrínsecos, provam também a favor do empresário autor, desde que confirmados por outros subsídios (art. 418, CPC, c/c art. 226, Código Civil)⁷⁹.

74. Art. 372, CPC-1973. [...] Parágrafo único. Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação.

75. Salvo se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputando-se concluído o contrato se não houver recusa expressa (art. 432, Código Civil).

76. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 578.

77. Os exemplos são lembrados por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 292-293. É por isso que o art. 6.º, III, do CDC, garante ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços que adquire.

78. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 578.

79. Mas a prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser afastada pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos (art. 226, p. único, Código Civil).

e) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, presumem-se conhecidas por quem as subscreve e por quem delas tomou ciência inequívoca, não podendo ser opostas a terceiros. A eficácia quanto a terceiros somente se alcança com a transcrição do documento no registro público⁸⁰.

8.3.2. Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 408, p. único, CPC)

Documento testemunhal, como se viu anteriormente, é aquele que contém uma declaração narrativa (ou declaração de ciência ou de verdade, ou ainda declaração enunciativa). Quando o documento particular contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, ele prova a declaração, mas não o fato declarado, cabendo ao interessado em sua veracidade o ônus de prová-lo (art. 408, p. único, CPC⁸¹).

Dessa forma, o documento testemunhal faz prova da *declaração*, mas não do fato declarado. Por exemplo: num acidente de trânsito, as informações prestadas por um dos envolvidos e contidas no relatório elaborado pela autoridade competente provam que aquela pessoa, naqueles dia e horário, prestou seus esclarecimentos acerca de determinados fatos, mas não prova que os fatos por ela narrados efetivamente ocorreram, tampouco que ocorreram da forma como ela narrou.

Nisso reside, como já se viu, substancial diferença em relação aos documentos dispositivos, eis que estes últimos são suficientes para fazer prova da declaração constitutiva.

8.3.3. Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do fac-símile e dos outros meios de transmissão de dados

O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação expedidora foi assinado pelo remetente (art. 413, CPC). A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora (art. 413, p. único, CPC); a autoria poderá ainda ser identificada por outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico (art. 411, II, CPC), quando se tratar, por exemplo, de meio de transmissão eletrônico.

O CPC regula a utilização de documentos obtidos por meio de processos telemáticos de comunicação. O telegrama, o radiograma, o *fac-símile*, o telex etc. nada

80. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 180.

81. É o que diz também, embora de forma não tão clara, o art. 219, p. único, do Código Civil: Art. 219. “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Parágrafo único. “Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las”.

mais são que *cópias* de documentos originais e como tais são tratados, equiparando-se a sua eficácia probatória à dos documentos particulares. Por conta disso, a sua juntada aos autos do processo, quando não impugnado oportunamente, faz presumir que está conforme com o original, gerando prova suficiente da data em que foi expedido e do recebimento pelo destinatário (art. 414, CPC). Se impugnados, farão prova desde que confirmem com o original assinado (art. 222, Código Civil⁸²).

Vale observar que não se aplica aqui a exigência contida na Lei n. 9.800/1999, no sentido de que os originais dos documentos apresentados via *fac-símile* devem ser juntados aos autos em 5 dias (art. 2º). Essa exigência diz respeito à prática de *atos processuais* por meio daquele sistema de transmissão de dados. Assim, se uma petição original está acompanhada de um documento apresentado via *fac-símile*, este documento terá o valor probatório indicado no art. 413 do CPC, mostrando-se desnecessária a juntada, em 5 dias, da via original. O único inconveniente que se vê aqui diz respeito ao *suporte* em que ele está inserido, eis que a impressão do fax, nesses casos, tende a perder-se com o tempo.

8.3.4. Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação

Segundo o art. 415 do CPC, as cartas e registros domésticos provam contra quem os escreveu quando: (i) enunciam o recebimento de um crédito; (ii) contêm anotação que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; (iii) expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

A *carta* é um documento escrito por meio do qual uma pessoa transmite a outra, necessariamente ausente, uma declaração de fato ou de vontade⁸³. *Registros domésticos* são os documentos de que as pessoas se utilizam para guardar a memória de fatos de sua vida pessoal ou profissional (diários e agendas, por exemplo). Ambos se caracterizam por serem *documentos formados unilateralmente*.⁸⁴

O art. 415, contudo, deve ser lido em consonância com o art. 408, já que este último, como se viu, dispõe que as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Uma análise sistemática desses dispositivos faz ver que as cartas e registros domésticos, *quando assinados*, farão, em qualquer hipótese, prova contra

82. Art. 222. O telegrama, quando lhe for contestada a autenticidade, faz prova mediante conferência com o original assinado.

83. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 181.

84. Exceção a isso são os atuais métodos colaborativos de formação de documentos, como as agendas virtuais de conteúdo compartilhado. Por meio delas, é possível, por exemplo, que um grupo de pessoas mantenha uma agenda comum, acessível a todos e editável por todos. Um documento desse tipo (documento eletrônico) *não* é unilateral.

o seu signatário (art. 408, CPC). Se, porém, *não estiverem subscritos*, farão prova nas hipóteses enumeradas no art. 415 e, obviamente, nos demais casos em que a parte contra quem forem eles produzidos admitir a sua exatidão em juízo⁸⁵. Não se encaixando nessas hipóteses, as cartas e registros domésticos não assinados poderão servir como indício dos fatos ou ideias nele representados.

Essa é uma regra perfeitamente aplicável, modernamente, aos correios eletrônicos (*e-mails*), que podem ser utilizados como prova num processo judicial⁸⁶ e cujas declarações, salvo quando impugnadas, podem ser imputadas ao seu remetente (art. 422, § 3º, CPC)

A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor (art. 416, CPC), aplicando-se esta regra tanto para o documento, que o credor conservar em seu poder, como para aquele que se achar em poder do devedor ou de terceiro (art. 416, p. único, CPC). Dá-nos exemplos Pontes de Miranda: “Por exemplo: ‘Recebi x de B’; ‘B tem mais dias de prazo para pagar’; ‘A dívida está quitada’; ‘Este documento já não tem valor, porque B emitiu um cheque ao portador’; ‘Este documento foi apenas para eu usá-lo em desconto no Banco C’”.⁸⁷

Trata-se de disposição que tem a mesma essência daquelas contidas no art. 415, motivo por que é tratada neste mesmo item. A diferença básica é que a informação contrária ao interesse do credor aqui vem lançada não numa carta ou num registro doméstico, mas no próprio documento que representa a obrigação.

8.3.5. Eficácia probatória dos livros empresariais e da escrituração contábil

O empresário tem o interesse de manter a escrituração contábil e financeira da sua empresa em dia, lançando as informações necessárias ao desenvolvimento da sua atividade empresária. Com base nessa premissa é que se erige a presunção de que as declarações contidas nos livros da empresa podem fazer prova *contra* e a *favor* do empresário.

Os livros empresariais provam *contra* o seu autor. É lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos (art. 417, CPC, c/c art. 226, 1ª parte, Código Civil). Embora configure uma aplicação específica da presunção erigida contra o autor do

85. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 334-335. Em sentido contrário, entendendo não se poder extrair do art. 376 a referência a cartas e registros domésticos não assinados, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 374.

86. Cf. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. “Aspectos jurídicos do e-mail”. *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 373.

87. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 378.

documento (art. 408, *caput*, CPC), é justificável a existência desse dispositivo, porque os livros empresariais são documentos em relação aos quais não se costuma exigir assinatura⁸⁸.

Ao contrário, porém, da regra geral contida no art. 408, *caput*, do CPC, os livros empresariais, quando preencherem os requisitos exigidos por lei e forem escriturados sem vícios extrínsecos ou intrínsecos, provam também *a favor* do seu autor, desde que confirmados por outros subsídios (art. 418, CPC, c/c art. 226, 2ª parte, Código Civil). Esta é uma disposição *sui generis* porque, a despeito de se tratar de documento formado unilateralmente, pode ele, se preenchidas as exigências legais, fazer prova a favor de quem o formou.

“Imprestável, nessa ordem de ideias, o livro que não se submeteu ao registro público e à autenticação, quando exigidos por lei; assim como não terão valor probante os assentamentos rasurados, emendados ou borrados, sem adequada e oportuna ressalva.

Da mesma maneira, se a operação registrada for daquelas que devem ser acobertadas por documentação fiscal que demonstre a remessa da mercadoria, ou o cumprimento do ajuste, o assento escritural terá de ser completado por comprovantes desses eventos suplementares e circunstanciais”.⁸⁹

Deve-se ver, contudo, que a prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos (art. 226, p. único, Código Civil). Por conta disso, ainda que haja registro nos livros empresariais de compra ou venda de imóvel de valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país, quer isso favoreça ou prejudique o empresário autor do documento, esse registro é imprestável como prova dessa compra ou venda, porque ela exige forma *ad solemnitatem* (art. 108, Código Civil).

8.3.6. Indivisibilidade do documento particular (art. 412, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 419, CPC)

De acordo com o art. 412, p. único, do CPC, o documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que dele pretende valer-se, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram.

O art. 419 veicula, por sua vez, uma aplicação específica da regra da indivisibilidade, ao afirmar que a escrituração contábil é indivisível: se dos fatos que

88. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 523

89. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 525-526.

resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

Ao que parece, esses dispositivos lançam mão de regra a ser observada pelo juiz: trata-se de regra de valoração das provas produzidas. Sucede que, tendo abraçado o sistema do convencimento motivado (art. 371, CPC), é um tanto inútil direcionar o raciocínio do magistrado nesse sentido, já que o próprio ordenamento autoriza que, para decidir, ele leve em conta todo e qualquer elemento de prova colhido nos autos, desde que fundamente a sua conclusão.

Assim, se um documento contém declarações favoráveis e desfavoráveis a uma determinada parte, isso não impede o juiz de tomá-lo em consideração para, por exemplo, com base nele, julgar a demanda a favor dessa parte. Em que pese tê-lo cindido para efeito de valoração do seu conteúdo, essa é uma atitude lícita aos olhos do nosso ordenamento.

Tratando, ao tempo do CPC-1973, de dispositivo com redação semelhante à do parágrafo único do art. 412 do CPC-2015, Marinoni e Arenhart bem sintetizam a questão: “o parágrafo não diz nada”⁹⁰.

8.4. Originais, cópias, certidões e traslados

As cópias, certidões e traslado⁹¹ de documentos, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas, quando trazidos aos autos, têm, a princípio, o mesmo valor probante dos documentos originais, fazendo prova dos fatos ou das coisas neles representados, se aquele contra quem foram produzidos lhes admitir, expressa ou tacitamente, a conformidade, isto é, se não lhes for impugnada a exatidão (art. 422, CPC, c/c art. 225, Código Civil).

Nesse sentido, fazem a mesma prova que os originais:

(i) as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências ou de outro livro a cargo do escrivão ou do chefe de secretaria, se extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas (art. 425, I, CPC, c/c art. 216, Código Civil);

(ii) os traslados e as certidões extraídas por oficial público de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art. 425, II, CPC, c/c art. 217, Código Civil);

90. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 322.

91. “Tanto as certidões como os traslados são formas de copiar ou reproduzir documentos originais existentes nos arquivos e processos do juízo. Os traslados, porém, correspondem a cópias integrais e autênticas dos originais dos autos do processo. Já as certidões, que também devem reproduzir literalmente o que se acha nos autos do processo ou em livro do cartório, não têm a mesma dimensão do traslado, que se apresenta como uma nova via, uma verdadeira duplicata do documento original, sujeitando-se, por isso, a maiores solenidades que a certidão” (THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 446).

(iii) as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório com os respectivos originais (art. 425, III, CPC);

(iv) as cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade (art. 425, IV, CPC)⁹²;

(v) os extratos digitais de bancos de dados públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem (art. 425, V, CPC);

(vi) as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração (art. 425, VI, CPC). Os originais desses documentos, no entanto, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para ajuizamento de ação rescisória (art. 425, § 1º, CPC).

Com base nessas disposições, é possível até mesmo a instrução da petição inicial de execução de título extrajudicial com cópia *digital* do título exequendo. É o que se poderá fazer para executar valores devidos por conta de *duplicatas eletrônicas*, tão comuns hoje no dia-a-dia, das quais bastará que se extraia uma certidão. Deve-se ver, porém que, em se tratando de cópia digital de título executivo extrajudicial ou outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria (art. 425, § 2º, CPC).

Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato (art. 218, Código Civil). Esse dispositivo do Código Civil tem por objetivo equiparar o ato de certificação praticado pelo escrivão ou chefe de secretaria ao ato do oficial de registro público ou do tabelião⁹³. Se a certidão ou traslado extraído pelo escrivão ou chefe de secretaria reproduz alguma prova produzida num processo judicial, terá o mesmo valor probatório de um instrumento público.

“Assim, feita uma partilha de imóvel por termo nos autos, ou ajustado um acordo a respeito de um litígio imobiliário, ou tomada por termo uma cessão de herança, e em todas as situações equivalentes, o escrivão está autorizado a fornecer certidão ou traslado que se

92. No mesmo sentido, art. 830 da CLT, cuja redação foi alterada pela Lei n. 11.925/2009: “Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

93. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 455.

poderá utilizar como instrumento público para, v. g., ser levado ao Registro de Imóveis, ou para instruir demanda de ação real.

(...) Nesse sentido, a carta de arrematação, de remição ou de adjudicação, quando pertinente a bens imóveis, é título hábil para a transcrição no Registro Imobiliário, justamente por equivaler a um instrumento público. O mesmo haverá de ocorrer com o termo de transação, de cessão ou renúncia de direitos (...).⁹⁴

Diz o art. 423 do CPC que “as reproduções dos documentos particulares, fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, valem como certidões sempre que o escrivão ou o chefe de secretaria certificar sua conformidade com o original”. Da leitura conjugada deste dispositivo com o art. 218 do Código Civil não se pode, contudo, concluir que a certidão ou traslado extraído pelo escrivão a partir de um documento particular que conste nos autos vai fazer desse documento um instrumento público. A *certidão ou traslado* é que será um instrumento público; nele simplesmente haverá a representação do fato de que o documento particular existe nos autos e tem este ou aquele teor⁹⁵.

Quanto à cópia do documento particular, tem ela o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original (art. 424, *caput*, CPC). Do mesmo modo, a cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original. Como se disse, a cópia simples, não-autenticada ou não-conferida pelo escrivão ou por tabelião, tem o mesmo valor probatório que o documento original, se não for oportunamente impugnada.

Com isso, é despropositada a exigência, muitas vezes vista no dia-a-dia forense, de que a parte autentique todos documentos trazidos aos autos em cópia⁹⁶. Pior ainda quando isso parte do próprio juiz, antes mesmo da citação do réu. Com efeito, o juiz pode, sim, determinar, de ofício, essa providência, mas para isso deve fundamentar o seu ato, indicando os *dados objetivos* que o fazem suspeitar da falta de autenticidade ou de veracidade das cópias juntadas.

O mesmo vale para a parte contra quem os documentos são produzidos: não basta, como muitas vezes se vê, que os impugne genericamente⁹⁷; para que o *incidente de verificação* ou *de reconhecimento* a que alude o art. 424 tenha lugar, é necessário que a parte indique os motivos que tem para suspeitar da divergência

94. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 455.

95. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 456.

96. Têm a mesma opinião MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 298.

97. É muito comum a utilização do jargão “quanto aos documentos trazidos, ficam todos impugnados, porque juntados em cópias inautênticas”.

entre o documento original e a cópia (art. 436, p. único, CPC). Pensar o contrário é dar munhão àquele que tem todo o interesse em procrastinar o processo, suscitando incidentes temerários. O art. 17 do CPC afirma que, para postular em juízo, é necessário ter *interesse*.

A fotografia faz prova dos fatos ou das coisas nela representadas, se aquela contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade, isto é, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhe impugnar a exatidão (art. 422, CPC, c/c art. 225, Código Civil). Isso vale para as fotografias digitais e para aquelas extraídas da *internet* (art. 422, § 1º, CPC). Se impugnadas, deve a parte que as trouxe aos autos apresentar a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível isso, deve ser realizada perícia (art. 422, § 1º, 2ª parte, CPC).

É o que também se dá com o § 2º do mesmo art. 422, que determina que “se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte”.

O CPC atual não cuidou da fotografia dita “convencional” – isto é, obtida a partir de câmeras de filme. De acordo com o § 1º do art. 385 do CPC-1973, a fotografia, para ser juntada aos autos, deveria estar acompanhada do respectivo negativo. A fotografia está para o seu negativo assim como a cópia de um documento está para o seu original.

O dispositivo não foi repetido no CPC-2015 justamente porque ele esvaziaria o conteúdo do disposto no art. 422, que corresponde ao art. 383 do CPC-1973. A fotografia convencional tem plena eficácia probatória, mesmo quando desacompanhada do negativo⁹⁸. Embora não haja regulamentação expressa no CPC atual, vale a regra geral do art. 422: o negativo somente é exigível se a fotografia for impugnada, e desde que haja fundadas razões para esta impugnação.

Casos há em que sequer existe um negativo a ser exibido – como ocorre com as fotografias obtidas por câmeras digitais ou máquinas *Polaroid* (de saudosa memória) –, de modo que, aí, obviamente, não se poderá exigir da parte essa exibição. Eventual dúvida quanto à sua autenticidade pode ser dirimida mediante perícia na própria fotografia ou no arquivo eletrônico correspondente.

9. ATA NOTARIAL (ART. 384, CPC)

Qualquer pessoa interessada na documentação de determinado fato pode solicitar que um tabelião assim o faça, narrando por escrito aquilo de que tomou ciência ou que ocorreu em sua presença. Por exemplo: pode-se pedir que o tabelião

98. Aliás, é o que diz o art. 225 do Código Civil, que é norma mais recente.

documento o estado de conservação de um bem, a divulgação de obra protegida por direito autoral sem a indicação precisa da autoria, o conteúdo de um determinado *site da internet*, a presença de uma certa pessoa num determinado lugar, a opinião caluniosa, injuriosa ou difamatória proferida por alguém num *site* ou aplicativo de relacionamento, a perturbação da paz num condomínio residencial por força de uso indevido de aparelho sonoro, a contaminação de um ambiente por substância odorífera proveniente de atividade realizada por estabelecimento vizinho, o testemunho de determinada pessoa acerca de uma situação de fato, dentre tantas outras coisas.

São inúmeras as possibilidades.

Existem, dentre tantas outras⁹⁹, as *atas de notoriedade*, “cujo objeto é a comprovação e fixação de fatos notórios”¹⁰⁰ (por exemplo: a prova de que o solicitante está *vivo*, algumas vezes solicitada pelo INSS); as *atas de presença e declaração*, que visam a documentar a declaração de alguém sobre algum fato; as *atas de constatação* ou de *inspeção*, em que o tabelião documenta algo que tenha visto ou presenciado; as *atas com gravação de diálogo telefônico*, em que “o tabelião constata um diálogo telefônico, em sistema de viva-voz ou não, transcrevendo tudo para o instrumento notarial”¹⁰¹; as *atas da internet*, que não deixam de ser atas de constatação, mas têm como finalidade “demonstrar, além do conteúdo, o fato de que ela [a informação] se encontra disponível em ambiente público”¹⁰²⁻¹⁰³; as *atas de subsanação*, pelas quais “o tabelião constata erros em documentos particulares ou oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental”¹⁰⁴.

A ata notarial não se confunde com a escritura pública. “As atas e as escrituras têm objetos distintos: a ata descreve o fato no instrumento; a escritura declara os atos e negócios jurídicos, constituindo-os.

-
99. Sobre esses e outros exemplos, ver FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 149-172.
100. CHICUTA, Kioitsi. Ata notarial e sua utilização como prova judiciária. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 175. O autor fala da utilidade desse tipo de ata notarial especialmente naqueles casos em que o fato é notório em relação a “um número reduzido de pessoas ou a um agrupamento humano” (cit., p. 177).
101. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*, cit., p. 161.
102. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*, cit., p. 165.
103. “Encontramos a primeira prática nesse sentido, na Ata Notarial 36/2000, lavrada no 1º Tabelionato de Novo Hamburgo, em 30.03.2000, em que um escritório de advocacia de São Paulo requereu a certificação do conteúdo da página de outro escritório, que conteria afirmações sobre processos de clientes de ambos, e que, certamente, ensejariam processos judiciais, para cuja comprovação a ata notarial foi remédio adequado” (FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karín Regina Rick. Ata notarial e novas tecnologias. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 228).
104. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*, cit., p. 167.

Na ata notarial, o tabelião escreve a narrativa dos fatos ou materializa em forma narrativa tudo o que presenciar ou presenciou, vindo ou ouvindo com seus próprios sentidos. [...] Na escritura pública, o tabelião recebe a manifestação de vontade, qualifica essa manifestação fazendo incidir um instituto jurídico pertinente, presta assessoria, tem poder discricionário, obstando manifestações que estiverem em desacordo com o direito e, por fim, redige o instrumento jurídico adequado”¹⁰⁵.

O art. 384 do CPC estabelece que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”.

O art. 7.º, III, da Lei n. 8.935/1994 diz que “aos tabeliões de notas compete com exclusividade [...] lavrar atas notariais”. De acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo, “é facultado aos tabeliões de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato”.

A sua elaboração independe de qualquer demonstração, ao tabelião contratado, da utilidade ou finalidade da prova¹⁰⁶. Tampouco a sua utilização num procedimento de solução de litígio depende da investigação do interesse ou da finalidade que moveram a sua elaboração.

Uma vez lavrada a ata, ela constitui tipicamente um *documento* e como tal pode ser inserida no processo. Trata-se de *documento público*¹⁰⁷, de *conteúdo narrativo ou testemunhal – já que, por meio dele, o tabelião simplesmente narra o que vivenciou sensorialmente (o que viu, ouviu, cheirou, tasteou etc.)*.

Essa narrativa, sempre que conveniente ou necessário à adequada documentação do fato, pode fazer-se acompanhar, por exemplo, de relatórios fotográficos, audiovisuais, fonográficos etc. É o que prevê o parágrafo único do art. 384 do CPC: “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

105. FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*, cit., p. 112-113.

106. Em sentido contrário, FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*, cit. Para os autores, é “imprescindível que o tabelião saiba qual é o propósito da parte ao solicitar-lhe a ata. Sem saber a finalidade, lhe será impossível, ou ao menos tormentoso, decidir sobre as diversas possibilidades narrativas, desprezando o inútil e valorando e destacando aquilo que interessa à prova do fato em relação ao interesse da parte” (p. 122). Entendemos, porém, que a lavratura da ata requer objetividade e imparcialidade. Não se pode esperar do tabelião que ele descreva, valore ou destaque apenas o que é “útil” à finalidade pretendida pelo solicitante da ata, “desprezando o inútil”, como querem os autores citados. O que lhe parece ser “inútil” pode ser útil para outra pessoa, para a melhor compreensão dos fatos narrados. É exatamente nessas objetividade e imparcialidade que residem a utilidade e o valor da ata notarial.

107. CHICUTA, Kioitsi. *Ata notarial e sua utilização como prova judiciária*, cit., p. 178.

Por se tratar de documento público, a ata notarial faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o tabelião declarar que ocorreram em sua presença (art. 405, CPC). Quando utilizada em juízo, no entanto, é preciso ter em mente que se trata, normalmente, de meio de prova produzido unilateralmente. Por mais que o tabelião goze de fé pública, a documentação normalmente é feita *sem* a presença da parte contra quem o documento é produzido no processo – que, por isso mesmo, não pode interferir no procedimento probatório, tal como teria o direito (fundamental) de fazer caso a mesma diligência fosse realizada em juízo.

Assim, por exemplo, se a ata notarial registra o depoimento de alguém, é preciso lembrar que a outra parte não teve a oportunidade de formular as suas próprias perguntas – cujas respostas poderiam ensejar novas revelações sobre o fato que se pretendeu narrar. Se a ata registra o estado de conservação de um imóvel, é preciso lembrar que o tabelião pode não ter o conhecimento técnico suficiente para verificar, por exemplo, que, por trás de uma boa pintura, um piso bem assentado, uma fachada amigável, há problemas sérios de estrutura.

Com isso queremos dizer que a ata notarial é um excelente meio de documentação de fatos, sobretudo por prescindir da deflagração de um procedimento judicial – como o da produção antecipada de prova (art. 381 e seguintes, CPC) – para alcançar a finalidade que dela se espera. Isso, contudo, não afasta a necessidade de o juiz dar-lhe o valor que, no caso concreto, ela merece, inclusive repetindo, se for o caso, a diligência outrora efetivada pelo tabelião, a fim de que a parte contra quem foi produzida possa, como lhe é de direito, participar da produção da prova.

A ata notarial é, inclusive, documento indispensável à formulação de requerimento de reconhecimento de usucapião imobiliário dirigido ao cartório de registro de imóveis (art. 216-A, I, da Lei 6.015/1973).

10. VÍCIOS DO DOCUMENTO: A IRREGULARIDADE E A FALSIDADE

Os vícios que podem inquinar o documento são classificados em *extrínsecos* e *intrínsecos*. Vícios *extrínsecos* são aqueles que dizem respeito à sua forma, como, por exemplo, a inobservância de formalidades legais ou dos critérios de competência para a formação de um documento público (art. 407, CPC), a existência de entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento em ponto substancial do documento e sem qualquer ressalva (art. 426, CPC).

Diz o art. 426 do CPC que “o juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento”. Trata-se de disposição desnecessária, diante da previsão genérica do art. 371 do CPC. De qualquer modo, é ela importante para demonstrar que o só fato de conter um vício não quer dizer que o documento perde a sua força probante.

Vícios *intrínsecos* são aqueles inerentes ao seu conteúdo, isto é, à essência do documento ou à substância do ato ou fato nele representado¹⁰⁸. É o que ocorre, por exemplo, quando o documento representa um fato ou ideia que não ocorreu.

Nem sempre o vício gera a falsidade do documento.

Pode ser que o documento seja defeituoso, mas não seja falso¹⁰⁹. Por exemplo, o documento público formado por agente incompetente ou sem a observância das formalidades legais é documento defeituoso, mas esse vício não induz necessariamente a sua falsidade, tanto que, estando subscrito pelas partes, tem valor de documento particular (art. 407, CPC).

Do mesmo modo, o documento que, em ponto substancial e sem ressalva, contém emendas ou rasuras pode ser considerado defeituoso, mas não necessariamente falso. Se, a despeito desse vício, as partes confirmam a sua exatidão em juízo ou o fazem por meio de um outro documento, não há que se falar em falsidade.

Mas o vício pode gerar a falsidade do documento.

De acordo com o parágrafo único do art. 427, a falsidade consiste: (i) em formar documento não verdadeiro; (ii) ou alterar documento verdadeiro. Segundo Amaral Santos, “o documento pode ser falso como documento, isto é, por ser falso o fato de sua formação; ou pode ser falso porque formado para fornecer a prova de fatos inverdadeiros”¹¹⁰. Disso se podem extrair as noções de falsidade material e de falsidade ideológica.

A *falsidade material* consiste “na ofensa à verdade devida à formação de documento falso ou a alterações introduzidas em documento verdadeiro”¹¹¹. Ela pode decorrer da *confecção* de um documento novo – p. ex., formação do documento e lançamento de assinatura falsa; inclusão de texto em documento assinado em branco (art. 428, p. único, CPC) etc. – ou da *adulteração* de um documento já existente – p. ex., acrescentar sub-repticiamente informações em documento pré-existente; adulterar fotografias, gravações sonoras ou audiovisuais.

Há *falsidade ideológica* quando, “em um documento, materialmente verdadeiro, são expostos fatos ou declarações desconformes com a verdade”¹¹². É o que ocorre, por exemplo, quando o oficial público narra, em documento público materialmente verdadeiro, ter-se passado determinado fato à sua vista, sem que isso

108. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, ob. cit., p. 413.

109. Em sentido diverso, Amaral Santos aproxima as noções de falsidade material e de vícios extrínsecos, afirmando que estes levam àquela, na medida em que atingem a perfeição material do documento (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 456).

110. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, ob. cit., p. 225.

111. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 454.

112. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 451.

efetivamente tenha acontecido; é o que ocorre também nos instrumentos contratuais em que há simulação de um negócio jurídico.

A simples impugnação da assinatura aposta num documento particular, desde que devidamente fundamentada, ou a alegação de que fora abusivamente preenchido já é suficiente para impedir que sobre um documento particular incida a presunção de autenticidade ou de veracidade (art. 428, CPC). Diz-se que há abuso no preenchimento do documento quando a pessoa que recebeu um documento assinado, sem texto ou com texto em apenas parte dele, resolver escrevê-lo ou completá-lo, por si ou por meio de outrem, violando pacto feito com o signatário (art. 428, p. único, CPC).

A falsidade pode ser arguida como questão incidental no processo ou por meio de pedido de declaração incidental de falsidade (arts. 430, p. único, CPC). Uma vez reconhecida a falsidade do documento, seja ele público ou particular, não poderá ser considerado como fonte de prova.

11. DOCUMENTO ELETRÔNICO

11.1. Noção

Segundo a lição de Augusto Tavares Rosa Marcacini, “o documento eletrônico é [...] uma sequência de *bits* que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital”¹¹³.

Para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos, é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua *autenticidade*, que permite identificar a sua autoria, e à sua *integridade*, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos.¹¹⁴

Essa é uma preocupação constante, já que a evolução tecnológica aponta no sentido de que esses documentos serão cada vez mais utilizados, sobretudo no trânsito jurídico de bens e serviços. O problema é que, pelo seu próprio conceito

113. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

114. A propósito, o enunciado n. 297 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada”.

(sequência de *bits* representativa de um fato), já se vê que a maior e melhor característica do documento eletrônico – que é a sua versatilidade, ou flexibilidade, na medida em que, em segundos, ele pode ser formado e utilizado, mediante envio pela Internet, em qualquer lugar do mundo – é também a porta para possíveis adulterações, o que infirma a sua integridade e, pois, a sua eficácia probatória.

11.2. Segurança e confiabilidade

Têm sido desenvolvidas técnicas que buscam dar maior segurança e confiabilidade aos documentos eletrônicos. Normalmente essas técnicas vinculam a garantia da autenticidade à integridade do conteúdo do documento, de modo que, alterado o seu conteúdo, desfaz-se a vinculação entre este novo conteúdo (alterado) e o autor do documento originário.

São várias as técnicas, que podem conferir maior ou menor segurança, a depender do tipo.

Tem-se, por exemplo¹¹⁵: (i) a assinatura digitalizada (que não se confunde com a assinatura digital), que nada mais é que uma imagem da assinatura autógrafa, a qual pode ser lançada no documento para identificar a sua autoria; (ii) as firmas biométricas, que permitem reconhecer a autoria de uma declaração a partir das características físicas do seu emitente (a íris dos olhos, a impressão digital, o timbre de voz etc.); (iii) as senhas pessoais, como o PIN (*Personal Identification Number* ou Número de Identificação Pessoal), a *Password* (palavra de aprovação) e a *Passphrase* (frase de passagem ou aprovação), muito utilizadas nos terminais bancários, nas transações eletrônicas etc.; (iv) a esteganografia, que transforma o documento em um código (espécie de criptografia) e lhe agrega um elemento marcante, semelhante a uma marca d'água; dentre outras.

A técnica mais segura de que hoje se tem conhecimento é a *criptografia*. Por essa técnica, a declaração (mensagem) é cifrada e transformada num código ininteligível àquele que não conhece o padrão para a decifração. O padrão utilizado para cifrar ou decifrar as mensagens é denominado de *chave*. Somente quem a conhece é que pode ter acesso ao conteúdo da mensagem.

Júlio César, imperador romano, criou um eficiente sistema de envio de mensagens criptografadas para os seus centuriões no campo de batalha. Por meio dela, mandava substituir as letras do texto original sempre pela terceira letra que lhe sucedesse no alfabeto. Essa era, portanto, a *chave* para cifrar a mensagem. Quem a recebesse, precisaria valer-se desta mesma *chave* para decifrá-la, aplicando-a

115. Exemplos colhidos em MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 152-155.

inversamente: as letras da mensagem recebida deveriam ser substituídas pela terceira letra que lhe antecederesse no alfabeto.

Atualmente, a criptografia usa conceitos matemáticos extremamente complexos (os *algoritmos*) como chave para cifrar as mensagens. Essas chaves, no entanto, não codificam letras ou números, mas os próprios *bits* que compõem a sequência do documento eletrônico¹¹⁶.

Há duas formas de criptografia: a criptografia *simétrica* e a *assimétrica*.

Como ensina Antônio Lago Jr., “o uso da *criptografia simétrica*, também chamada de criptografia de chave privada, requer que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo usado para cifrar o seu conteúdo, caso contrário, ficará impossibilitado de decifrar a mensagem, ou seja, o destinatário da mensagem deve ter acesso à chave utilizada pelo remetente”¹¹⁷. Esse método é frágil em termos de segurança, na medida em que a chave utilizada para decifrar a mensagem é a mesma utilizada para cifrá-la. Assim, sendo ela conhecida pelo receptor, não se pode garantir que ele não venha utilizá-la para cifrar novas mensagens, fazendo-se passar pelo autor da mensagem originária. Isso infirmaria, como se pode ver, talvez não a autenticidade da mensagem recebida, mas de tantas outras que, a partir da chave conhecida, pudessem vir a ser formadas.

Já a *criptografia assimétrica* é uma das técnicas capazes de conferir maior segurança quanto à autenticidade e integridade do conteúdo do documento eletrônico. Explica-nos Augusto Marcacini:

“A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza *duas* chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a *chave privada*, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a *chave pública*, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada *que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou*. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decifrado com a chave pública”¹¹⁸.

116. Cf. MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*, ob. cit., p. 156-159; LAGO Jr., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.

117. LAGO JR., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*, ob. cit., p. 35-36. Acrescentamos o itálico.

118. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

A chave privada, utilizada por aquele que formou o documento eletrônico, gera uma assinatura digital, que permite a identificação do seu autor. Essa assinatura digital pode ser conferida a partir do uso da chave pública. Não se trata, contudo, de um sinal visível, como o é a assinatura manuscrita, mas de uma sequência numérica a que o programa de computador chega a partir de fórmulas matemáticas. A assinatura digital será diferente para cada documento gerado por uma determinada chave privada, mas sempre estará vinculado a ela, o que garante a prova da autenticidade do documento.

Além de essa chave privada poder atestar a autenticidade do documento, ela ficará vinculada ao seu conteúdo, de modo que qualquer alteração superveniente tornará, automaticamente, ineficaz a assinatura digital outrora lançada. Com isso, embora seja possível a alteração do conteúdo do documento guardado pela criptografia assimétrica, essa alteração não mais vinculará o seu autor originário¹¹⁹. Em outras palavras: a integridade do documento é garantida em relação ao seu autor; não sendo possível identificá-lo, tem-se aí um indício de que o documento foi alterado.

Como se viu, somente a chave pública distribuída por uma determinada pessoa pode ser utilizada para decifrar a mensagem codificada pelo titular da respectiva chave privada. Mas aí surge um novo problema: “qualquer um poderia gerar um par de chaves e atribuir-lhe o nome de qualquer pessoa, existente ou imaginária. A autenticidade do documento eletrônico é conferida sem dificuldade por qualquer usuário de computador, com o uso do programa de criptografia e de posse da chave pública do seu subscritor. Mas, e se a própria chave pública não for autêntica? Esta conferência o programa não tem como realizar. O que fazer, então, para contornar o problema?”¹²⁰. Nesse caso, a assinatura digital apontaria, como autor do documento, uma determinada pessoa, distinta da que efetivamente formara o documento.

Como ensina Antônio Terêncio G. L. Marques, “para evitar, então, essa fraude, instituiu-se a *certificação digital*, onde a identidade do proprietário das chaves é previamente verificada por uma terceira entidade de confiança dos interlocutores, que terá a incumbência de certificar a ligação entre a chave pública e a pessoa que a emitiu, como também a sua validade”¹²¹. Essa terceira entidade a que alude o autor, responsável pela certificação digital da identidade do proprietário das chaves

119. Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006. O autor explica: “Se uma mínima modificação for feita ao abrir-se o arquivo, e for ele gravado em disco, o documento eletrônico ficará inutilizado, pois perderá o vínculo com a assinatura”.

120. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

121. MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*, ob. cit., p. 174.

e pela divulgação ao público das chaves públicas válidas, é a chamada *autoridade certificadora*¹²².

No intuito, dentre outras coisas, de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos, a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil (art. 1º), composta por uma autoridade vinculada ao Comitê Gestor por ela criado e pela cadeia de autoridades certificadoras (art. 2º).

Como se vê, a regulamentação legal veio para viabilizar meios de tornar ainda mais segura a utilização dos documentos eletrônicos protegidos por criptografia assimétrica. A sua eficácia probatória, quando produzido com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, é a mesma dos documentos públicos e particulares, presumindo-se verdadeiros em relação aos signatários (art. 10, *caput* e § 1º), sem obstar, contudo, a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade desses documentos, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa contra quem o documento seja oposto (art. 10, § 2º).

11.3. O processo em autos eletrônicos

O legislador brasileiro, buscando adequar ainda mais o ordenamento à inexorável evolução tecnológica e colocando-a a serviço da efetividade da justiça, editou a Lei n. 11.419/2006, que trata do uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Essa lei, além de regulamentar a *prática* de atos processuais por meio eletrônico (envio de petições, comunicação dos atos processuais etc.), veio também permitir a utilização de uma nova forma de *documentação* desses atos, na medida em que passa a ser dispensável a sua documentação *em papel*, que poderá ser substituída pela documentação *eletrônica*.

É o que chama de *processo em autos eletrônicos*.

No processo em autos eletrônicos, os documentos produzidos pelas partes devem observar a *forma eletrônica*, salvo quando a sua digitalização for tecnicamente inviável devido ao grande volume ou porque são ilegíveis, caso em que deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de dez dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado (art. 11, § 5º, Lei n. 11.419/2006).

122. É uma espécie de “cibernotário”, como sugere Marcacini (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006).

Segundo o art. 11, *caput*, os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos em autos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida naquela lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização (art. 11, § 1º). Havendo arguição de falsidade do documento original, o incidente será processado também eletronicamente (art. 11, § 2º), seguindo o rito previsto no CPC.

Essa mesma lei admitiu expressamente, através de alterações feitas no CPC-1973, a utilização de documentos eletrônicos – p. ex., os extratos digitais de que fala o art. 365, V, CPC-1973¹²³, regra atualmente incorporada ao art. 425, V, do CPC-2015 – e a prática de atos processuais mediante assinatura eletrônica – p. ex., a assinatura digital da procuração (art. 38, p. único, CPC-1973¹²⁴; incorporada ao art. 105, § 1º, do CPC-2015) e dos magistrados (art. 164, p. único, CPC-1973¹²⁵; incorporada ao art. 205, § 2º, do CPC-2015).

O CPC incorporou ao seu texto autorização para a utilização de documentos eletrônicos (art. 441) e a previsão da prática eletrônica dos atos processuais (art. 193 e seguintes).

Há diversos dispositivos que cuidam do assunto – p. ex., admitindo procuração assinada eletronicamente (art. 105, § 1º), citações e intimações veiculadas por meio eletrônico (p. ex., art. 246, V e § 1º; art. 270; art. 183, § 1º; art. 205, § 3º), realização ou documentação de audiências por meios eletrônicos (art. 334, § 7º; art. 367, § 5º) e decisões assinadas eletronicamente (art. 205, § 2º; art. 943).

Há também previsão de que, se o processo é em autos eletrônicos, os prazos processuais *não* se contam em dobro para os litisconsortes com distintos procuradores (art. 229, § 2º), dada a possibilidade de todos terem acesso simultâneo aos autos eletrônicos.

Tudo isso mostra como o legislador está atento à evolução tecnológica e à importância que o documento eletrônico vem ganhando na vida cotidiana.

123. Art. 365, CPC-1973. Fazem a mesma prova que os originais: [...] V – os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem.

124. Art. 38, p. único, CPC-1973. A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica.

125. Art. 164, p. único, CPC-1973. A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei.

11.4. O documento eletrônico no processo em autos de papel

O art. 439 regulamenta o modo de utilização dos documentos eletrônicos no processo convencional – isto é, aquele com autos *de papel*. Diz que “a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e de verificação de sua autenticidade, na forma da lei”.

Já o art. 440 diz que “o juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor”. O dispositivo dá a entender que a não-conversão do documento eletrônico em físico *diminui* o seu valor probatório, a ponto de esclarecer que “o juiz apreciará o valor probante”. A regra contém uma obviedade: o juiz apreciará o valor probante de *qualquer documento*; ou melhor, de *qualquer fonte de prova*.

O documento eletrônico não-convertido em papel não perde, só por isso, a sua eficácia probatória. Seria esdrúxulo se assim o fosse: o *original* do documento valeria *menos* que a sua *cópia*.

A importância do art. 440 está na sua parte final: “assegurado às partes o acesso ao seu teor”.

Sendo convencional o processo (autos de papel), não basta a juntada, por exemplo, da mídia de CD, de DVD ou do *pen-drive* contendo o documento eletrônico para que se diga *produzida* a prova. É preciso que se garanta efetivo *acesso* aos seu conteúdo. Contendo ele, por exemplo, uma gravação audiovisual, esse acesso deverá ser feito, conforme veremos a seguir, em audiência, mediante exibição pública do conteúdo, na presença de todos os sujeitos processuais (art. 434, p. único, CPC).

12. PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

12.1. Momentos da proposição e da produção da prova

Em regra, os momentos de *proposição* e de *produção* da prova documental são absolutamente os mesmos. Ao requerer a produção da prova documental, a parte já a produz. Cabe, contudo, ao magistrado, de ofício ou a requerimento, proceder a um juízo de admissibilidade quanto a essa proposição, indagando, por exemplo, sobre a oportunidade do momento em que o documento é apresentado e sobre o cabimento, na hipótese, da prova documental.

De acordo com o art. 434 do CPC, incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. De uma forma geral, tem-se que a petição inicial deve estar acompanhada, sob pena de invalidade, dos chamados documentos *indispensáveis* (art. 320, CPC), que podem ser classificados em *substanciais* e *fundamentais*.

São *substanciais* os documentos que a lei expressamente exige para que a demanda seja proposta (a procuração; título executivo, na execução; prova escrita, na ação monitória; escritura pública, na reivindicatória de imóvel de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente; o comprovante de que a pessoa jurídica é microempresa ou empresa de pequeno porte, para atuar no polo ativo de causa em juizado etc.). São *fundamentais* os documentos que se tornam indispensáveis porque o autor a eles se referiu na petição inicial, como fundamento do seu pedido¹²⁶.

Faltando um desses documentos à petição inicial, cabe ao juiz intimar o autor para emendá-la, na forma do art. 321 do CPC. Se isso não for feito, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (art. 321, p. único, c/c art. 330, IV, c/c art. 485, I, todos do CPC).

Essas noções se aplicam, no que couber, à contestação. Embora não o diga expressamente, também nos casos em que um documento indispensável deixar de ser juntado à contestação, deverá o réu ser intimado a apresentá-lo em prazo razoável, sob pena de, não o fazendo, operar-se a revelia, em razão da invalidade da contestação por ele apresentada.

Uma última consideração.

Quando o documento contém uma gravação sonora ou audiovisual, é possível distinguir os momentos de proposição e de produção da prova documental. O documento (fita magnética, CD, DVD, *Blu-ray Disc* etc.) deve ser juntado com a petição inicial ou com a contestação, mas, ao contrário do que às vezes se pensa, essa juntada, por si só, não é suficiente para que se diga ter-se produzido a prova.

Para que esse tipo de prova se produza, é necessário que o conteúdo do documento seja exposto na presença das partes, em audiência, para a qual devem elas ser previamente intimadas (art. 434, p. único, CPC). Essa exigência decorre do direito constitucional à prova e do princípio do contraditório, e tem por escopo permitir que as partes tenham a certeza de que o conteúdo do documento foi devidamente apreciado pelo juiz, bem assim permitir que elas, as partes, possam participar ativamente da colheita dessa prova e se manifestar sobre o seu resultado.

Não basta que o juiz, como muitas vezes ocorre, determine a degravação do seu conteúdo (transcrição para um documento escrito), porque, não raro, isso retira boa parte da força probatória do documento. Embora a degravação seja importante para a documentação do fato representado, por meio dela não é possível perceber, por exemplo, o tom da voz, a agressividade ou a emoção transmitida pelos interlocutores.

126. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 138.

12.2. Juntada posterior de documentos

A juntada posterior de documentos é possível nas seguintes situações:

(i) quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados – fatos supervenientes, que podem ser deduzidos a qualquer tempo (arts. 342, I, e 493 do CPC) –, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (art. 435, *caput*, CPC);

(ii) quando formados após a petição inicial ou a contestação, ou quando se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente (art. 435, p. único, CPC);

(iii) quando necessário à demonstração da questão de fato que, por motivo de força maior, não pôde ser deduzida na primeira instância, caso em que poderá ser suscitada na apelação (art. 1.014, CPC);

(iv) quando o documento estiver em poder de repartição pública, caso em que poderá ser requisitado (art. 438, CPC);

(v) quando o documento estiver em poder da parte adversária ou de terceiro particular, caso em que poderá ser determinada a sua exibição em juízo (art. 396 e seguintes, CPC).

“O que a lei visa é afastar ou, ao menos, reduzir a possibilidade de ficarem o juiz e as partes à mercê de *surpresas* consistentes no aparecimento de documentos que a parte, premeditadamente, guarde em segredo para, em ocasião propícia, quando não mais haja oportunidade para discussões e mais provas, oferecê-los a juízo de forma a modificarem ou confundirem a orientação do conhecimento seguida no feito e imprimirem nova feição à causa”.¹²⁷

Amaral Santos continua:

“inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la”.¹²⁸

É preciso lembrar, ainda, que a obtenção de *documento novo* (existente à época da decisão, mas não utilizado por ser ignorado ou por motivo justificado) é hipótese de rescindibilidade (art. 966, VII, CPC), não sendo razoável (até mesmo pela pouca utilidade da proibição) vedar-lhe o ingresso posterior nos autos.

127. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 326.

128. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 326.

Em qualquer caso, cabe ao juiz avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º (art. 435, p. único, CPC), segundo o qual “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Ao tempo da vigência do CPC-1973, a 4ª T. do STJ enfrentou situação em que fora determinado (mas não realizado) desentranhamento de documento, em razão da sua juntada tardia, oportunidade em que esclareceu, em *obiter dictum*, que a interpretação do art. 397, do CPC-1973 – correspondente ao art. 433, *caput*, do CPC-2015 –, deve ser “ampliativa, de modo a admitir que a juntada de documentos novos ocorra em situações não formalmente previstas, relativizando sobremaneira a questão relativa à extemporaneidade da apresentação da prova documental, desde que: (i) não se trate de documento indispensável à propositura da ação; (ii) não haja má fé na ocultação do documento, razão pela qual impõe-se a oitiva da parte contrária (art. 398 do CPC).” Por tal motivo, concluiu que: “a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal *a quo*, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC).” Porém, por não ter sido oportunizada à parte contrária a possibilidade de impugnar o documento objeto da controvérsia, reconheceu-se a ocorrência de *error in procedendo* e conseqüente invalidade do acórdão objeto do recurso.¹²⁹

12.3. Momento para manifestação sobre os documentos (art. 437, CPC)

Uma vez juntado o documento aos autos, a parte contrária deverá manifestar-se sobre ele: (i) na contestação, se os documentos foram anexados à inicial (art. 437, *caput*, CPC); (ii) na réplica, se os documentos foram anexados à contestação (art. 437, *caput*, CPC); (iii) em 15 dias, nas demais hipóteses (art. 437, § 1º, CPC).

O prazo para manifestação pode ser dilatado, a requerimento da parte, a depender da quantidade e complexidade da documentação (art. 437, § 2º, CPC).

12.4. Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida (art. 436, CPC)

No prazo para falar sobre os documentos, é possível que a parte tome as seguintes atitudes.

129. STJ, 4ª T., REsp n. 1.072.276/RN, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 21.02.2013, publicado no DJe de 12.03.2013.

a) Pode impugnar a juntada do documento, ao fundamento de que a prova documental naqueles casos é inadmissível (art. 436, I, CPC); é o que se dá, por exemplo, quando o fato probando somente puder ser demonstrado por outro meio de prova, como a pericial, ou quando o documento houver sido juntado em momento inoportuno, fora das hipóteses em que se admite a sua juntada posterior.

Aqui se está falando sobre a *admissibilidade* da prova documental, não sobre o *conteúdo* do documento. A dificuldade dessa distinção se dá porque os momentos da proposição e da produção da prova documental são idênticos, o que termina por baralhar as noções sobre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do procedimento de produção da prova.

b) Pode a parte impugnar a sua autenticidade, sustentando que a autoria revelada não corresponde à autoria material ou intelectual (art. 436, II, CPC).

Nesses casos, é muito comum observar a provocação do que se vem chamando de *incidente de verificação* ou de *reconhecimento*, que não se confunde com o incidente de arguição de falsidade¹³⁰. É o que se dá, por exemplo, quando a parte reputa inautêntico o documento, por não ter sido reconhecida, seja por autenticidade ou por semelhança, a firma nele lançada (art. 411, I e II, CPC), ou quando o reputa imprestável por ter sido ele juntado em cópia simples, sem a devida conferência e certificação feita pelo escrivão (art. 424, CPC).

Não se admite alegação genérica de inautenticidade; a parte precisa trazer argumentação específica (art. 436, p. único, CPC) – isto é, deve suscitar algum *dado objetivo* capaz de infirmar a autenticidade do documento impugnado, apontando, *no mínimo*, os indícios da inautenticidade sustentada. Se isso não for feito, caberá ao juiz inadmitir o pedido de verificação ou de conferência¹³¹.

c) Pode a parte suscitar a falsidade do documento, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade (art. 436, III, CPC). Voltaremos ao assunto, em item próprio. Vale aqui o que dissemos em relação à alegação de inautenticidade: é preciso argumentação específica, não-genérica (art. 436, p. único, CPC), sob pena de inadmissibilidade da postulação.

d) Pode ainda a parte infirmar a eficácia probatória do documento. Exemplo disso se dá quando, sendo autêntico e verdadeiro o documento, a parte afirma que, por qualquer motivo, ele não tem o condão de demonstrar os fatos que com ele se queria comprovar.

130. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 241; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 309-311.

131. Como se viu, o art. 11, § 1º, da Lei n. 11.419/2006, exige que a parte, para arguir a falsidade do documento eletrônico, fundamente o seu pedido.

13. MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

13.1. Requisição de documentos (art. 438, CPC)

De acordo com o art. 438, o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes (inciso I) e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Distrito Federal, os Municípios ou as respectivas entidades da administração indireta (inciso II).

Recebidos os documentos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de um mês, certidões ou reproduções fotográficas das peças que indicar e das que forem indicadas pelas partes; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem (art. 438, § 1º, CPC). As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, com as cautelas previstas na Lei n. 11.419/2006, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado (art. 438, § 2º, CPC).

A possibilidade de o juiz requisitar documentos, prevista no art. 438, tem fundamento no poder instrutório que lhe é reconhecido pelo art. 370 do CPC. Esse poder será exercido sempre que a parte estiver impossibilitada de obter o elemento de prova de que precisa, ou quando o juiz, mesmo de ofício, entender que é necessário buscá-lo para melhor formar o seu convencimento. Embora trate especificamente da possibilidade de requisição de documentos às repartições públicas, é intuitivo que essa possibilidade se estende também às entidades privadas, como instituições bancárias, concessionários de serviços públicos, empresas de telefonia etc.¹³²

Questão polêmica é saber se o juiz pode requisitar informações ao Banco Central e à Receita Federal quanto ao endereço para localização do devedor ou quanto às contas bancárias e bens penhoráveis que lhe pertencem e que podem sujeitar-se à execução. Com base no direito fundamental à intimidade (e, portanto, aos sigilos fiscal e bancário), a jurisprudência tem criado empecilhos a essa atuação judicial, admitindo-a apenas em situações excepcionais.

Eis um importante julgado, que bem resume o entendimento do STJ sobre o assunto:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que: – ‘O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo.’ (REsp nº 306570/SP, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 18/02/2002) – ‘A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira

132. Nesse sentido, CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 228.

para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente emvidou esforços para tanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las.’ (REsp nº 204329/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/06/2000) – ‘As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. In casu, a varredura das contas em nome do executado, visando posterior penhora, não justifica a quebra do sigilo bancário.’ (AgReg no AG nº 225634/SP, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, DJ de 20/03/2000) – ‘O interesse patrimonial do credor não autoriza, em princípio, a atuação judicial, ordenando a quebra do sigilo bancário, na busca de bens do executado para satisfação da dívida.’ (REsp nº 144062/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 13/03/2000) – ‘Não merece trânsito recurso especial que discute questão já superada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a impossibilidade de quebra de sigilo bancário como forma de possibilitar, no interesse exclusivo da instituição credora e não da Justiça, a expedição de ofício ao Banco Central para obtenção de dados acerca de depósitos em nome do devedor passíveis de penhora pela exequente.’ (REsp nº 181567/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 21/02/2000). (STJ, 1.^a T., AgRg no REsp 809.848/BA, rel. Min. José Delgado, j. em 18.05.2006, publicado no DJ de 08.06.2006, p. 145)

A questão, porém, precisa ser analisada também sob a ótica do direito fundamental *do credor* à prova e à tutela executiva, que lhe são tão caros quanto o direito fundamental do devedor à intimidade. A saída, portanto, não é estabelecer uma vedação em abstrato, nem admitir a requisição apenas em situações excepcionais, mas aferir *no caso concreto* e à luz do princípio da proporcionalidade o interesse que merece ser mais bem tutelado. Não são raros os casos em que o devedor, arditosamente, oculta os seus bens para fugir à excussão judicial e, com isso, frustrar o adimplemento de uma sua obrigação (muitas vezes certificada *judicialmente*), o que representa ato atentatório à dignidade da justiça (art. 774, II, III e V, CPC).

Nesses casos, sobretudo porque ao credor é muito difícil obter sozinho essas informações, parece ser possível que o magistrado imponha ao executado o dever acessório de indicar os bens sujeitos à execução, sob pena de lhe ser aplicada uma medida coercitiva indireta. Não sendo atendida a ordem judicial, além da imposição da medida coercitiva prevista e da multa por *contempt of court* (art. 774, p. único, CPC), poderá o magistrado – e *por que não?* – determinar ao Banco Central, à Receita Federal ou a qualquer outra repartição que forneça os documentos necessários à identificação dos bens sujeitos à expropriação forçada.

A propósito, eis o que dizia o enunciado nº 3 da súmula do entendimento predominante do extinto Tribunal de Alçada do Paraná: “É legítima a pretensão do credor em obter, para efeito de penhora em processo de execução, esclarecimentos sobre a existência de bens declarados pelo devedor perante a Receita Federal”.¹³³

Requisitados os documentos, seja nessa seja em qualquer outra situação, o não atendimento da ordem judicial ensejará a aplicação, ao agente público que a descumpriu, da multa por *contempt of court* prevista no art. 77, IV e § 2º, do CPC.

13.2. Exibição de documento ou coisa (arts. 396 a 404, CPC)

13.2.1. Generalidades

Embora venha tratado como meio de prova autônomo, a exibição de documento ou coisa pode ser considerada um meio de obtenção de elementos de prova documental.

Funda-se no direito constitucional à prova, que é assegurado a todo aquele que participa de um processo, seja judicial ou administrativo. Nesse sentido, não pode o litigante ver tolhida a possibilidade de valer-se de uma determinada prova somente porque está ela em poder da outra parte ou de terceiro particular¹³⁴. Com efeito, em casos tais, existem mecanismos aptos a buscar a prova onde quer que ela esteja e trazê-la aos autos do processo.

Dispõe o art. 420 do CPC que “O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo: I – na liquidação de sociedade; II – na sucessão por morte de sócio; III – quando e como determinar a lei”. A previsão é desnecessária, porque é possível pedir a exibição de *qualquer* documento, e não só dos livros comerciais e documentos do arquivo.

A depender da circunstância de o documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em cada caso: contra a parte adversária, tem-se um *incidente processual*; contra o terceiro particular, um verdadeiro *processo incidente*¹³⁵.

Por isso, cada uma das hipóteses será tratada em item próprio.

133. Colhido em ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 441, nota de rodapé n.º 52.

134. Diz-se *terceiro particular* porque, em se tratando de documento que esteja em poder de ente público (sentido amplo), cabível é a requisição de que trata o art. 438 do CPC.

135. Será, porém, mero incidente processual, se a ordem de exibição dirigida ao terceiro for determinada de ofício pelo juiz.

13.2.2. Pedido de exibição formulado em face da parte adversária

O procedimento da exibição promovida em face da parte está regulamentado nos arts. 396 a 400 do CPC. O pedido de exibição poderá ser feito por qualquer das partes em face da outra, ou ainda pelo terceiro interveniente, na medida em que, ingressando no processo, ele passa a ser sujeito parcial. Com base nos seus poderes instrutórios, é possível também que o juiz determine de ofício a exibição¹³⁶.

Havendo pedido da parte, deve ser deduzido na petição inicial, se formulado pelo autor; na contestação, se formulado pelo réu; na peça que lhe servir de ingresso nos autos, se formulado pelo terceiro interveniente; ou, se a necessidade de utilização do documento surgir no curso do processo, através de petição autônoma, mas sempre nos mesmos autos.

Em todos os casos, o pedido de exibição deverá conter (art. 397, CPC): (i) a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; (ii) a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa; (iii) as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Uma vez deduzido o pedido, o juiz intimará a parte contrária para que sobre ele se manifeste (a) na própria contestação, se o pedido for formulado pelo autor em sua inicial; (b) na réplica, se cabível, quando o pedido for formulado pelo réu em sua contestação; (c) em 5 dias, contados da intimação, nos demais casos (art. 397, CPC).

Cientificado do pedido, o requerido pode adotar as seguintes posturas.

a) Pode ele exibir o documento/coisa, caso em que satisfeita estará a pretensão exibirória da contraparte.

b) Pode permanecer silente, caso em que o juiz está autorizado a presumir verdadeiros os fatos que se pretendia provar por meio do documento/coisa (art. 400, I, CPC). Sobre essa presunção de veracidade, ver as considerações feitas ao final deste item.

c) No prazo para resposta, pode o requerido, admitindo ter o documento/coisa em seu poder, recusar-se a exibi-lo(a). O art. 404, CPC, traz um rol exemplificativo de situações em que a recusa é havida como legítima:

(i) quando o documento/coisa cuja exibição se pediu diz respeito exclusivamente a negócios da própria vida da família e desde que, por isso mesmo, não tenha relevância para o deslinde da causa;

136. Nesse sentido, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, p. 189. Em sentido contrário, não a admitindo de ofício, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 141.

(ii) se a sua apresentação puder violar dever de honra, como quando um amigo se comprometeu com outro a assistir e guardar a mídia original de um filme ainda inédito, no intuito de criticá-lo nos devidos termos, e contra ele se formula pedido de exibição dessa mídia;

(iii) se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal, como se dá com a exposição de diários íntimos ou de documentos que demonstrem a prática de conduta criminosa;

(iv) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo, como ocorre com o advogado, o médico ou o padre sobre os fatos de que tomou conhecimento no exercício de sua profissão;

(v) se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;

(vi) por fim, se houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

Trata-se de situação em que o magistrado tem que ponderar os interesses em jogo, valendo-se para tanto do postulado da proporcionalidade. Se a recusa se encaixar numa dessas hipóteses e o bem da vida em que ela se funda merecer, no caso concreto, maior proteção, mesmo em sacrifício do direito fundamental à prova da parte contrária ou do bem jurídico que com ela se buscava resguardar, o juiz a terá como legítima e dispensará a exibição.

Se os motivos indicados acima disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo (art. 404, p. único, CPC).

A recusa, porém, será havida como ilegítima se não se encaixar em qualquer das hipóteses do art. 404 do CPC ou se, mesmo se inserindo numa daquelas hipóteses, o bem da vida que se busca resguardar com a produção da prova se mostrar mais relevante que o bem jurídico por ela sacrificado. Também será ilegítima a recusa¹³⁷ se, conforme prevê o art. 399, CPC: (i) o requerido tiver obrigação legal de exhibir; (ii) o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova¹³⁸; (iii) o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

137. Entendendo haver, nesses casos, uma presunção *absoluta* de ilegitimidade da recusa, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 196-197.

138. Assim, “se uma das partes alude a certo documento ou coisa, com o propósito de com ele constituir prova, nasce para a outra parte o direito de conhecer esse documento ou coisa, de reclamar desde logo sua produção e juízo. Não se trata de documento ou coisa, propriamente comum às partes, mas de documento que, por força do princípio da *comunhão da prova*, se tornou processualmente *comum* a elas, porque referido na causa como meio de prova dos fatos controvertidos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, ob. cit., p. 148).

Nesses casos, o juiz deverá exortar a parte a exibir o documento/coisa. Se assim não fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos que se pretendia provar com o documento/coisa cuja exibição se pediu (art. 400, II, CPC).

d) Pode, por último, o requerido negar que o documento/coisa esteja em seu poder, caso em que o requerente poderá produzir prova para demonstrar o contrário (art. 398, p. único, CPC); provando que o documento/coisa está em poder do requerido, se este se recusar a exibi-lo(a), o juiz presumirá verdadeiros os fatos (art. 400, I, CPC).

Por último, algumas considerações.

Considerando que a presunção de veracidade aí é uma sanção, é necessário que conste do instrumento de intimação dirigido ao requerido a advertência quanto à possibilidade de sua imposição, acaso permaneça silente ou se recuse, ilegitimamente, a exibir o documento/coisa.

Deve-se ver ainda que a presunção de veracidade não poderá ser aplicada nos casos em que: (i) for inadmissível a confissão como meio de prova (art. 392, CPC); (ii) o único meio de prova admissível for o instrumento público (art. 406, CPC); (iii) por outro modo o documento ou a coisa foi exibida (p. ex., outra pessoa o juntou aos autos); (iv) o pedido de exibição foi impugnado por um litisconsorte, no caso de a exibição ter sido pedida contra mais de uma pessoa; (v) houver, nos autos, elementos de prova suficientes para afastar a presunção de que são verídicos os fatos que se queria provar.

Nada impede que o juiz se utilize, para buscar o cumprimento da ordem de exibição, de medidas coercitivas diretas ou indiretas, em lugar da presunção de veracidade, ou em apoio a ela. Isso é possível não só nos casos em que essa presunção é inadmissível como também, mesmo sendo ela admissível, quando o juiz estiver em busca de um melhor convencimento acerca dos fatos envolvidos na causa.

De todo modo, a presunção de veracidade que então se erige é *iuris tantum*, podendo ceder em face de prova contrária. Assim, pode o juiz, fundamentadamente, afastá-la por considerar que há nos autos outras provas que se mostram incompatíveis com as alegações de fato cuja veracidade se pretendia demonstrar. Além disso, como toda presunção relativa, ela opera a inversão do ônus da prova, podendo a parte prejudicada produzir prova no sentido de desconstitui-la.

O incidente gerado pelo pedido de exibição deverá ser instruído junto com a causa principal e nos mesmos autos dela, sem suspensão do curso do processo. Havendo necessidade, porém, poderá o magistrado suspender o processo para decidir apenas o incidente de exibição (p. ex., art. 313, V, “b”, CPC).

A decisão que resolve o incidente é interlocutória e contra ela cabe agravo de instrumento (art. 1.015, VI, CPC).

13.2.3. Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular

A exibição, quando requerida em face de terceiro, dá ensejo a um processo incidental, deflagrando uma nova relação jurídica processual, que passa a vincular o requerente e o terceiro-requerido. É possível que o juiz, de ofício, determine ao terceiro particular a exibição de documento/coisa. Nesse caso, porém, não se vai deflagrar um *processo incidente*, mas apenas um *incidente do processo*, que será em tudo semelhante ao incidente da requisição de que trata o art. 438 do CPC.

O art. 13 da Lei n. 11.419/2006 diz que “o magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo”. O seu § 1º dispõe que “consideram-se cadastros públicos, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes ou que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresas privadas, os que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante”. Isso só corrobora o que se afirmou, quanto à possibilidade de que o juiz, *ex officio*, determine a terceiro particular a exibição de documento.

Quando houver requerimento das partes, o pedido de exibição deve ser feito em petição autônoma, que, apesar do silêncio da lei, será autuada em apartado. Esse pedido, como todo ato postulatório, deve pautar-se numa causa de pedir, que deverá ser exposta pelo requerente. O terceiro será citado para responder em 15 dias (art. 401, CPC).

Embora tratando da ação de exibição preparatória à luz do CPC-1973, a *ratio decidendi* deste julgado do STJ é perfeitamente aplicável ao pedido de exibição incidental: “Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária” (STJ, REsp 1349453/MS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção julgado em 10.12.2014, DJe 02.02.2015).

Devidamente citado, o terceiro pode adotar uma das seguintes condutas.

a) Pode exhibir o documento/coisa, caso em que satisfeita estará a pretensão exhibitória da contra-parte.

b) Pode permanecer silente, caso em que o seu comportamento deve ser equiparado à recusa tácita (art. 403, CPC).

c) No prazo para resposta, pode recusar-se a exibir o documento/coisa, nos casos apontados no art. 404, CPC; aplica-se aqui o que dissemos no item anterior sobre a necessidade de ponderação dos interesses em jogo; se a recusa for havida como ilegítima, o juiz ordenará o depósito do documento/coisa, sob pena de busca e apreensão, pagamento de multa e outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias para assegurar a efetivação da decisão, e sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência (art. 403, p. único, CPC).

O n. 372 da súmula do Superior Tribunal de Justiça prescreve que “na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

Diante do exposto do texto do CPC-2015, o enunciado fica superado (nesse sentido, enunciado n. 54 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Sucede que, reconhecida como impossível a exibição, não cabe a fixação nem a manutenção da multa (nesse sentido, enunciado n. 53 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Mesmo durante a vigência do CPC-1973, o STJ admitia exceções: “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO. INFORMAÇÕES ELETRÔNICAS. MENSAGENS AGRESSIVAS ENVIADAS ATRAVÉS DO SERVIÇO DE SMS (“SHORT MESSAGE SERVICE”) PARA O TELEFONE CELULAR DA AUTORA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 372/STJ. TÉCNICA DAS DISTINÇÕES (“DISTINGUISHING”).

1 - Ação de exibição de documentos movida por usuária de telefone celular para obtenção de informações acerca do endereço de IP (“Internet Protocol”) que lhe enviou diversas mensagens anônimas agressivas, através do serviço de SMS disponibilizado no sítio eletrônico da empresa de telefonia requerida para o seu celular, com a identificação do nome cadastrado. 2 - Inaplicabilidade do enunciado da Súmula 372/STJ, em face da ineficácia no caso concreto das sanções processuais previstas para a exibição tradicional de documentos. 3 - Correta a distinção feita pelo acórdão recorrido, com a fixação de astreintes, em montante razoável para compelir ao cumprimento da ordem judicial de fornecimento de informações (art. 461 do CPC). 4 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO” (STJ, 3ª Turma, REsp 1359976/PB, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 25.11.2014, DJe de 02.12.2014).

Por óbvio, não faz sentido falar, no procedimento promovido em face de terceiro, na imposição da sanção de presunção de veracidade.

d) Pode ainda o terceiro-requerido negar que o documento/coisa esteja em seu poder, caso em que o juiz determinará a instrução, se necessário, do processo incidental, facultando-se ao requerente produzir prova para demonstrar que o documento/coisa está com o requerido (art. 402, CPC); provando que está em seu

poder, se este se recusar a exibi-lo(a), o juiz procederá do mesmo modo que no item anterior.

O processo se resolve por sentença, impugnável por apelação.

14. ARGUIÇÃO DE FALSIDADE

14.1. Noção

A falsidade de um determinado documento pode ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem ele foi produzido, suscitá-lo: (i) na contestação, se o documento reputado falso foi juntado à inicial; (ii) na réplica, se o documento impugnado foi juntado à contestação; (iii) ou, nas demais situações, em quinze dias, contados da intimação acerca da juntada do documento (art. 430, CPC).

O incidente tanto se presta à arguição de falsidade quanto à formação do documento (falsidade *material*), como, quando ele contiver declarações narrativas, à impugnação do seu conteúdo, nos casos em que os fatos nele representados não forem condizentes com a realidade (falsidade *ideológica*). A falsidade ideológica, contudo, somente pode ser arguida por meio deste incidente quando se tratar de documento testemunhal (aquele que contém declaração narrativa), não quando contiver declarações de vontade, porque aí há instrumentos próprios para a sua desconstituição (p. ex., as ações judiciais de invalidação)¹³⁹⁻¹⁴⁰.

O não-oferecimento da arguição no prazo legal implicará, no particular, a presunção de autenticidade do documento (art. 411, III, CPC), salvo se essa admissão decorreu, como vimos, de erro de fato ou de coação. O juiz, no entanto, duvidando da sua autenticidade, poderá negar-lhe eficácia probatória, motivando específica e adequadamente o seu convencimento¹⁴¹. Além disso, a presunção de autenticidade decorrente da admissão expressa ou tácita não impede o ajuizamento de ação autônoma visando à declaração da falsidade daquele mesmo documento (art. 19, II, CPC).

139. Ver, sobre o assunto, com amplas considerações: THEODORO JR., Humberto. "Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiros". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 51, p. 32 e seguintes.

140. Nesse sentido: "O incidente de falsidade ideológica será passível de admissibilidade tão somente quando não importar a desconstituição da própria situação jurídica. Precedentes" (STJ, 5ª T., REsp n. 717.216/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 04.12.2009, publicado no DJe de 08.02.2010); "A jurisprudência da egrégia Segunda Seção tem admitido o incidente de falsidade ideológica, quando o documento tiver caráter declaratório e o seu reconhecimento não implicar desconstituição de situação jurídica" (STJ, 3ª T., AgRg no Ag n. 354.529/MT, Rel. Min. Castro Filho, j. em 30.04.2002, publicado no DJ de 03.06.2002, p. 202).

141. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 424-425.

14.2. Natureza jurídica e finalidade

A arguição de falsidade tem por objeto uma *questão de fato* (autenticidade ou falsidade de um documento), que é *prejudicial* ao julgamento do objeto litigioso, na medida em que o interesse de agir de quem a suscita está vinculado à relevância do documento reputado falso para o deslinde da causa. Assim, saber se o documento é, ou não, falso deve ser uma questão que tenha aptidão para influenciar na resolução do próprio mérito da demanda.

Por princípio, a arguição de falsidade será resolvida como questão incidental; mas a parte pode requerer seja ela resolvida como questão principal (art. 430, p. único, CPC)¹⁴². A diferença é que, resolvida *principaliter*, a solução dada à questão, conforme art. 433 do CPC, constará da parte dispositiva da sentença e terá aptidão para a coisa julgada comum (art. 503, *caput*, CPC); resolvida *incidenter tantum*, a solução terá aptidão para a coisa julgada de que fala o § 1º do art. 503 do CPC, desde que preenchidos os seus pressupostos.¹⁴³

A possibilidade de a arguição de falsidade ser resolvida *principaliter* é reminiscência da *ação declaratória incidental* existente ao tempo do CPC-1973. O CPC-2015 não prevê a ADI genérica, mas ainda é possível manejá-la em duas hipóteses: (i) arguição de falsidade documental como questão principal (art. 430, p. único, c/c art. 19, II, CPC) e (ii) reconvenção com pedido de declaração de existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica prejudicial à questão principal.

A finalidade da arguição é a declaração da falsidade ou da inautenticidade do documento impugnado, sustentando a sua eficácia probatória (art. 427, CPC).

14.3. Legitimidade e interesse

Tem legitimidade para arguir a falsidade documental o sujeito parcial contra quem foi produzido o documento. Reconhece-se também, embora isso não seja trivial, a legitimidade da própria parte que produziu o documento¹⁴⁴. Quanto à legitimidade do Ministério Público, na condição de fiscal da ordem jurídica, parece que poderá alegar a falsidade material ou ideológica, porque lhe cabe “produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer” (art. 179, II, CPC), mas não

142. Sobre os conceitos de questões incidental e principal, ver o capítulo sobre Cognição judicial, no v. 1 deste Curso.

143. Sobre a diferença entre os regimes comum e especial de coisa julgada, ver o capítulo sobre Coisa julgada, neste volume do Curso.

144. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 302.

por meio de demanda incidental, e sim como mera questão incidental, cuja resolução deverá compor os fundamentos da sentença¹⁴⁵.

A arguição deve ser deduzida exclusivamente contra o sujeito que trouxe aos autos o documento reputado falso, pouco importando se ele está em litisconsórcio na demanda principal. Se o sujeito que o trouxe aos autos não é o seu autor material, não se pode incluir no polo passivo da arguição terceiro estranho ao litígio original. O sujeito passivo é aquele que produziu o documento, não quem lhe deu origem. Se, porém, o documento foi trazido aos autos por determinação *ex officio* do juiz, a arguição deverá ser deduzida pelo sujeito a quem esse documento prejudica e contra o sujeito a quem ele beneficia¹⁴⁶.

“Aqui, porém, uma particularidade resultará da ação incidental de falsidade: é vedado ao réu pretender retirar a prova dos autos, a fim de evitar o prosseguimento do incidente (art. 392, parágrafo único). Isto porque não foi ele quem introduziu o documento nos autos, logo, não pode ser ele a determinar o seu desentranhamento”.¹⁴⁷

Somente se reconhece o interesse de agir para a arguição quando houver dúvida objetiva acerca da autenticidade ou falsidade do documento e quando o documento reputado falso for relevante ao deslinde da causa. Não o sendo, ou tendo-se tornado desnecessário em função da produção de outros meios de prova igualmente relevantes, carece de interesse o suscitante¹⁴⁸.

14.4. Procedimento

O incidente será suscitado na contestação, na réplica ou em petição autônoma (art. 430, CPC), conforme seja, com exposição da causa de pedir, formulação do pedido de declaração de falsidade e indicação dos meios de prova a serem utilizados na instrução do feito (art. 431, c/c art. 436, p. único, CPC). Se o incidente ocorrer no tribunal, a petição deverá ser dirigida ao relator do processo.

A arguição comporá o próprio objeto de conhecimento do processo principal; quando suscitada *principaliter*, comporá o objeto litigioso. Por isso, o juiz, sem

145. Admitindo a legitimidade do Ministério Público, sem fazer essa ressalva, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 302; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 426.

146. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 427-428.

147. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 428.

148. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 303; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 434.

suspender o processo, determinará a oitiva, em 15 dias, da parte contrária (art. 432, CPC).

Se as partes concordarem, aquele que produziu o documento poderá requerer o seu desentranhamento do processo, caso em que a discussão perderá o objeto (art. 432, p. único, CPC)¹⁴⁹. Caso contrário, o juiz designará, se necessário, perícia para verificar a falsidade ou autenticidade do documento (art. 432, CPC). Importante perceber que não há uma instrução específica para o incidente: a sua instrução se realiza conjuntamente com a instrução das outras questões discutidas no processo.

O ônus da prova da falsidade documental compete à parte que a arguiu (art. 429, I, CPC), mas se a falsidade apontada disser respeito à assinatura lançada no documento, o ônus da prova caberá a quem o produziu (art. 429, II, CPC).

O incidente será resolvido na sentença: na fundamentação, se suscitado como questão incidental; no dispositivo, se suscitado como questão principal.

149. Essa possibilidade não existe quando o documento reputado falso foi trazido aos autos por iniciativa *ex officio* do juiz.

Prova testemunhal

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Admissibilidade da prova testemunhal – 3. Capacidade para testemunhar – 4. Direito ao silêncio – 5. Local e tempo do testemunho – 6. Juntada do rol e intimação da testemunha – 7. Substituição da testemunha – 8. Procedimento de colheita do depoimento: 8.1. Método de inquirição; 8.2. Qualificação e contradita; 8.3. Compromisso e escusa de depor; 8.4. Inquirição direta pelos advogados e pelo juiz; 8.5. Testemunho em língua estrangeira e em Libras; 8.6. Dever de urbanidade – 9. Documentação do testemunho.

1. NOÇÕES GERAIS

A pessoa é, como visto, *fonte* de prova. Quando essa pessoa é uma das partes do processo, o meio de prova é o depoimento pessoal, examinado em capítulo anterior; quando se trata de um terceiro, surge a prova testemunhal.

Testemunha é uma pessoa, distinta de um dos sujeitos processuais, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato probando.

A prova testemunhal é a mais antiga de que se tem notícia, juntamente com a confissão. A prova documental e a perícia exigem certo desenvolvimento cultural. A partir do momento em que a escrita foi sendo generalizada, houve um estímulo ao uso da prova documental; com isso, a prova testemunhal, antes havida como prova principal, foi perdendo a sua importância, notadamente para a demonstração de fatos relativos a obrigações de maior vulto¹. Alguns a chamam de *a prostituta das provas*.

O testemunho contém o relato daquilo que foi *percebido* pela testemunha por meio de qualquer um dos seus sentidos: visão, olfato, paladar, tato e audição. Não cabe à testemunha fazer juízos de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente – isso é função do órgão jurisdicional –, embora não se possa ignorar que todo depoimento traz consigo, inevitavelmente, as impressões pessoais do depoente.

Não se confundem os papéis do perito e da testemunha: “a testemunha declara o que viu, enquanto o perito analisa (embora possa ter visto) para declarar”².

A testemunha pode ser:

-
1. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallía, 1981, t. 2, p. 23-24.
 2. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 493.

- a) *presencial*: a que pessoalmente presenciou o fato probando;
- b) de *referência*: a que soube do fato probando por meio de terceira pessoa;
- c) *referida*: aquela cuja existência foi apurada por meio de outro depoimento;
- d) *judiciária*: a que relata em juízo o seu conhecimento a respeito do fato;
- e) *instrumentária*: a que presenciou a assinatura do instrumento do ato jurídico e o firmou.

2. ADMISSIBILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL

A regra é a seguinte: a prova testemunhal é sempre admissível. Mas a lei pode dispor em sentido contrário, não a admitindo em certos casos (art. 442, CPC).

Veda-se a prova testemunhal, por exemplo, para a comprovação de fatos *já provados por documento ou confissão da parte* (art. 443, I, CPC) ou *que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados* (art. 443, II, CPC).

Se o fato já está provado – por documento, confissão ou por qualquer outro meio –, a prova documental é *desnecessária*. Se a lei exige que um determinado fato seja provado por documento, ou se o fato exige uma análise técnica e, por isso, só pode ser provado por exame pericial, a prova testemunhal é *impertinente*.

Ainda assim, nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal, quando houver começo de prova por escrito, emanado da parte contra a qual se pretende produzir a prova (art. 444, CPC). Também se admite a prova testemunhal, quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário, hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação (art. 445, CPC).

Todas são regras de prova legal que restringem o uso da prova, mas que, como todas as demais regras desse tipo, podem ser mitigadas diante de peculiaridades do caso concreto.

O art. 227 do Código Civil³, revogado pelo art. 1.072, II, do CPC-2015, reproduzia a regra que constava no art. 141 do Código Civil de 1916⁴, que não admitia a prova exclusivamente testemunhal para contratos

-
- 3. Art. 227, Código Civil. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.
 - 4. Art. 141, Código Civil de 1916. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos, cujo valor não passe de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros). Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito.

a partir de determinado valor⁵. Era uma regra de valoração legal da prova testemunhal, que foi repetida, em essência, no art. 401 do CPC-1973⁶. Nestas situações, admitia-se a prova testemunhal apenas como complementar da prova escrita (parágrafo único do art. 227 do Código Civil e inciso I do art. 402 do CPC-1973⁷).

O CPC-2015, além de revogar o *caput* do art. 227 do Código Civil, não mais reproduz o outrora disposto no art. 401 do CPC-1973, que vedava a utilização da prova exclusivamente testemunhal para contratos acima de determinado valor. A regra, pois, é a inversa: admite-se a prova exclusivamente testemunhal para a prova de negócios jurídicos de qualquer valor. Cabe ao julgador, porém, certificar-se sobre a *credibilidade* dessa prova, o que constitui juízo de valor sobre a eficácia da prova testemunhal.

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 149 da súmula da sua jurisprudência predominante, que reconhece a inadmissibilidade de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rurícola para fins previdenciários. O próprio STJ, no entanto, tem precedente que excepciona o enunciado, diante das peculiaridades do caso concreto (neste processo, a contestação foi genérica e não houve contradita das testemunhas):

“Previdenciário. Rurícola (Boia-Fria). Aposentadoria por velhice. Prova puramente testemunhal. Interpretação de lei de acordo com o art. 5º da LICC, que tem foro supralegal. Recurso Especial não conhecido pela alínea ‘a’ do autorizativo constitucional. I – O juiz – e em suas águas o tribunal *a quo* – julgou procedente pedido da autora, não obstante ausência de prova ou princípio de prova material (lei n. 8.213/91, art. 55, par. 3.). II – A Previdência, após sucumbir em ambas as instâncias, recorreu de especial (alínea a do art. 105, III, da CF). III – O dispositivo infraconstitucional que não admite ‘prova exclusivamente testemunhal’ deve ser interpretado *cum grano salis* (LICC, art. 5º). Ao juiz, em sua magna atividade de julgar, caberá valorar a prova, independentemente de tarifação ou diretivas infraconstitucionais. Ademais, o dispositivo constitucional (art. 202, I) para o “boia-fria” se tornaria praticamente infactível, pois dificilmente alguém teria como fazer a

-
5. “A razão de ser do preceito legal reside numa preocupação de segurança jurídica. Não conviria ao meio social e ao mercado que negócios de vulto fossem submetidos à incerteza da débil memória de eventuais testemunhas, correndo a respectiva prova o risco de desaparecer, a qualquer momento, junto com quem os tivesse memorizado”. (THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 528.) Sobre o histórico desta vetusta regra, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, p. 269 e segs.
 6. Art. 401, CPC-1973. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.
 7. Art. 402, CPC-1973. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; [...].

exigida prova material. IV – Recurso especial não conhecido pela alínea ‘a’ do autorizativo constitucional”. (6ª. T., RESP 46879 / SP, rel. Adhemar Maciel, DJ. de 20.06.1994, p. 1.612)

3. CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR

Em regra, todas as pessoas podem depor como testemunha. Mas há limitações legais à capacidade de testemunhar. Há regras no CPC e no Código Civil. Por ser regra mais recente, o CPC revoga o Código Civil naquilo em que as leis se mostram incompatíveis.

Iniciemos o estudo sobre a capacidade de testemunhar pelo exame do CPC, que separa aqueles que não podem depor como testemunhas em três grupos: os incapazes, os impedidos e os suspeitos (art. 447).

São *incapazes* de depor como testemunha (art. 447, §1º, CPC): (i) o interdito por enfermidade ou deficiência intelectual; (ii) o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; (iii) aquele que tenha menos de dezesseis anos⁸; (iv) o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Para que se verifique a incapacidade de testemunhar dos que sofrem de enfermidade mental, é necessário que ocorra uma destas duas circunstâncias: a) ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia o pretense depoente discerni-los; b) ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções. “O importante é a lucidez do depoente na ocasião do fato litigioso e no momento de prestar o testemunho em juízo. Os estados de alienação mental que tenham acometido a testemunha em outras ocasiões não lhe retiram a capacidade para depor em juízo”⁹.

Observe, ainda, que nem todo interdito é incapaz de testemunhar: nem toda interdição decorre de deficiência mental – basta pensar nos casos de paralisia, em que o sujeito pode comunicar-se apenas como o piscar dos olhos, mas está lúcido.

Quanto à incapacidade do cego e do surdo, é importante observar que ela se restringe aos fatos cuja ciência que dependa do sentido que lhes falta. Mas o surdo

8. A força da prova testemunhal era muito grande na Europa Feudal, afinal a “memória” era a principal garantia de manutenção da tradição. Neste período, em alguns povos, crianças, que agora não podem depor, eram as testemunhas favoritas: “Como a recordação prometia, evidentemente, ser tanto mais durável quanto mais tempo os seus portadores permanecessem sobre esta terra, os contratantes, muitas vezes, levavam crianças com eles. Se se receava o estouvamento próprio da infância, vários processos permitiam evitá-lo por meio de uma oportuna associação de imagens: uma bofetada, um pequeno presente, ou até um banho forçado”. (BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Coimbra: Edições 70, 2009, p. 144).

9. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 541.

pode, por exemplo, depor sobre algo que tenha visto¹⁰, assim como o cego pode depor sobre algo que tenha ouvido.

São *impedidos* de testemunhar (art. 447, §2º, CPC): (i) o cônjuge, o companheiro, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; (ii) o que é parte na causa; (iii) o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

O CPC-2015 faz referência também ao *companheiro* como impedido de testemunhar; essa previsão não existia no art. 405, §2º, I, do CPC-1973.

A parte tem interesse direto no litígio e o seu depoimento é tomado de outra forma (art. 385 e segs. do CPC).

O juiz, se tiver conhecimento dos fatos da causa, deve reconhecer o seu impedimento para julgá-la (art. 452, I, CPC), ou excluir seu nome do rol de testemunhas, caso nada saiba sobre o assunto (art. 452, II, CPC). Se o juiz reconhecer que tem conhecimento dos fatos, e, portanto, declarar o seu impedimento, é proibido à parte que o arrolou como testemunha desistir do seu depoimento (art. 452, I, CPC).

Quanto aos representantes da parte ou aqueles que lhe tenham de algum modo prestado assistência, o impedimento não pode ser visto como absoluto, pois somente não poderão depor em relação a fatos que ocorreram em razão de sua participação¹¹. No caso da pessoa jurídica que é parte, o depoimento de um dos seus órgãos (o presidente, p. ex.), seria o depoimento da própria pessoa jurídica, que, sendo parte, se submete ao regime dos arts. 385 e seguintes do CPC.

São *suspeitos* para prestar depoimento como testemunha: (i) o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; (ii) o que tiver interesse no litígio.

O CPC-2015 não menciona a suspeição do condenado por crime de falso testemunho, cuja sentença transitou em julgado, e daquele que, por seus costumes, não for digno de fé (incisos I e II do § 3º do art. 405 do CPC-1973). Agiu bem o legislador. A suspeição em tese (*a priori*, em abstrato) de tais pessoas é inadmissível. Este *Curso* já defendia que o *discrímen* feito pelo legislador de 1973 era indevido,

10. Exatamente para essas situações o art. 162, III, do CPC permite que o juiz nomeie intérprete para “realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado”.

11. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 291.

injustificável e irrazoável e feria, indubitavelmente, o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

A análise da suspeição deve ser feita, sempre, *in concreto*, diante das peculiaridades do caso, que podem reclamar a ouvida de pessoas que, a princípio, poderiam ser vistas como inidôneas. Todo aquele que possa contribuir para o esclarecimento dos fatos, e não tenha, em relação à causa ou às pessoas envolvidas, algum tipo de interesse ou vínculo, pode e deve ser ouvido.

O art. 228 do Código Civil assim está redigido:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I – os menores de dezesseis anos; II – aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III – os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam; IV – o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V – os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

As hipóteses descritas em seus incisos são compatíveis com aquelas descritas nos §§1º a 3º do art. 447 do CPC.

O §4º do art. 447 do CPC diz que “sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”; mas esses depoimentos, segundo o §5º do mesmo artigo, “serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”. Nesses casos, a testemunha não prestará o compromisso de dizer a verdade, sendo ouvida como *informante*.

Vale observar que, quanto às testemunhas tidas por incapazes, apenas as *menores de idade* podem ser ouvidas nos termos do §4º do art. 447. Isso se dá porque, nas demais hipóteses de incapacidade, é *materialmente impossível* obter um testemunho útil.

Em síntese: o legislador cuidou de enumerar uma série de situações em que o testemunho de determinadas pessoas deve ser visto com reserva, quando não for absolutamente inadmissível. Sempre, porém, que a elucidação de fatos relevantes para a causa depender da ouvida de tais personagens, ou puder ser por ela facilitada, deve o magistrado determinar a colheita da prova oral (parágrafo único do art. 228 do Código Civil; § 4º do art. 447 do CPC), que se realizará sem que se preste compromisso. Na hora do julgamento, o magistrado, de acordo com a regra que lhe confere a possibilidade de valorar as provas produzidas (art. 371 do CPC), dará aos testemunhos o valor que merecerem.

4. DIREITO AO SILÊNCIO

O art. 448 do CPC traz hipóteses em que é lícito à testemunha recusar-se a depor. Trata-se do *direito ao silêncio*, já examinado no capítulo sobre o depoimento pessoal. Todas as considerações que ali foram feitas servem ao estudo da escusa de depor da testemunha. É ocioso tecer outros comentários. Remete-se o leitor ao mencionado capítulo.

O art. 229 do Código Civil¹², que trazia outras hipóteses em que se admitia a recusa de depor, foi expressamente revogado pelo art. 1.072, II, do CPC.

5. LOCAL E TEMPO DO TESTEMUNHO

A prova testemunhal deverá ser produzida perante o *juiz da causa*, durante a *audiência de instrução e julgamento* (art. 453, *caput*, CPC). Trata-se de ato processual interno, que deve ser realizado na *sede do juízo* (art. 449, *caput*, CPC).

Essa é a regra. Há, porém, exceções.

É possível a colheita da prova testemunhal *antes* da audiência de instrução e julgamento, no caso de produção antecipada de prova (art. 453, I, c/c art. 381 e seguintes do CPC).

A testemunha pode ser ouvida por *outro* juiz, que não o responsável pela causa, se o testemunho for o objeto de carta (art. 453, II, CPC) arbitral, precatória ou de ordem (art. 972 do CPC, p. ex.).

Sucedo que o § 1º do art. 453 permite que a oitiva de testemunha residente em comarca, seção ou subseção judiciárias diversa daquela onde tramita o processo seja feita por *videoconferência* ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, admitindo inclusive que isso seja feito durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Justamente por isso, o juízo deve manter equipamento para a transmissão e recepção de áudio e de vídeo (art. 453, § 2º, CPC).

A inquirição à distância, nos termos do § 1º do art. 453, é uma alternativa à expedição de carta precatória ou de ordem para inquirição presencial. O seu objetivo é justamente o de desburocratizar o procedimento, em atenção ao princípio da eficiência. Por isso, deve ser priorizada. A testemunha pode estar na sua própria residência, numa *lan house*, na sede de outro juízo, no prédio da OAB – qualquer

12. Art. 229, Código Civil: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

lugar, enfim, em que possa conectar-se, por *internet*, com o juízo da causa. A oitiva pode ser feita por qualquer meio idôneo de geração de áudio e vídeo em tempo real – inclusive por *Skype* e *FaceTime*¹³.

Há possibilidade também de a prova testemunhal produzir-se *fora* da sede do juízo, nos casos em que a testemunha esteja impossibilitada de deslocar-se e comparecer em juízo, seja por doença, seja por outro motivo relevante, mas não esteja impossibilitada de prestar depoimento, caso em que o juiz designará dia, hora e local para inquiri-la (art. 449, p. único, CPC). Nada impede, porém, que a inquirição seja feita, também neste caso, conforme o § 1º do art. 453, já visto.

Finalmente, há *pessoas*, consideradas *egrégias*, que têm o direito de ser ouvidas em sua residência ou onde trabalham. São autoridades que têm essa prerrogativa, a quem o magistrado enviará um ofício solicitando que designem dia, hora e local a fim de serem inquiridas, remetendo-lhes cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte que as arrolou como testemunha (art. 454, § 1º, CPC).

Eis as autoridades consideradas *egrégias* (art. 454, CPC): (i) o presidente e o vice-presidente da República; (ii) os ministros de Estado; (iii) os ministros do Supremo Tribunal Federal, os conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, os ministros do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; (iv) o procurador-geral da República e os conselheiros do Conselho Nacional do Ministério Público; (v) o advogado-geral da União, o procurador-geral do Estado, o procurador-geral do Município, o defensor público-geral federal e o defensor público-geral do Estado¹⁴; (vi) os senadores e os deputados federais; (vii) os governadores dos Estados e do Distrito Federal; (viii) o prefeito; (ix) os deputados estaduais e distritais; (x) os desembargadores dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal; (xi) o procurador-geral de justiça; (xii) o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa a agente diplomático do Brasil.

É importante registrar que essas autoridades somente têm essa prerrogativa enquanto estiverem exercendo os seus cargos ou enquanto durarem os seus mandatos¹⁵. Demais disso, se a autoridade não se manifestar em um mês desde a data

13. Há quem diga que é preciso autorização do juízo que tem competência territorial no local em que está a testemunha ouvida (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 494). Essa opinião foi lançada ainda na vigência do CPC-1973. Ela não parece estar de acordo com o espírito do CPC-2015.

14. Não se pode admitir a extensão do direito à escolha do dia, hora e local para que o procurador estadual seja ouvido como testemunha ou ofendido em processo judicial, por meio de lei estadual. (STF, Plenário, ADI n. 2.729/RN, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 19.6.2013).

15. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 548.

em que o magistrado solicitou que designasse dia, hora e local para prestar depoimento, ou se não comparecer, sem justificativa, à sessão agendada nos dia, hora e local por ela mesma indicados, perde o direito à prerrogativa e o juiz fica autorizado a designar, ele próprio, dia e hora para ouvi-la, preferencialmente na sede do juízo (art. 454, §§ 2º e 3º, CPC). Tem-se aqui mais um ilícito caducificante: o abuso do direito pela testemunha leva à perda dessa prerrogativa.

Ainda durante a vigência do CPC-1973, que não tinha disposições como as do art. 454, §§ 2º e 3º, do CPC-2015, o STF, num julgamento unânime, de 22.10.2009, em questão de ordem suscitada na Ação Penal n. 421, decidiu que essas pessoas egrégias perdiam o direito de escolher local e hora para o testemunho, se não se manifestassem ou comparecessem, sem justa causa, no prazo de trinta dias. O entendimento foi construído no contexto do processo penal (art. 221, CPP), mas este *Curso* já sugeria a sua aplicação ao processo civil. Eis a síntese da solução da questão de ordem, feita pelo então Ministro Relator Joaquim Barbosa: “Passados mais de trinta dias sem que a autoridade que goza da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do Código de Processo Penal tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, simplesmente, não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese, impõe-se a perda dessa especial prerrogativa, sob pena de admitir-se que a autoridade arrolada como testemunha possa, na prática, frustrar a sua oitiva, indefinidamente e sem justa causa”.

6. JUNTADA DO ROL E INTIMAÇÃO DA TESTEMUNHA

Impõe-se às partes o ônus de juntar o rol de testemunhas no prazo comum, não superior a quinze dias, fixado pelo juízo na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, § 4º, CPC). Avaliará o magistrado as peculiaridades do caso concreto para determinar o prazo de juntada do rol de testemunhas. Trata-se de regra que concretiza o princípio da adequação judicial do processo .

Se for marcada audiência para saneamento compartilhado (art. 357, § 3º, CPC), o rol deverá ser apresentado nesta audiência (art. 357, § 5º, CPC).

Deverá a parte que arrolar a testemunha precisar-lhe o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física e do registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho (art. 450, CPC). A exigência de indicação do local de trabalho justifica-se como forma de facilitar a verificação da capacidade para testemunhar, ensejando eventual contradição, além de indicar mais um local onde ela possa ser encontrada.

Obviamente, a ausência de algum desses dados ou a sua incorreta anotação, desde que justificada e desde que não impeça a correta

identificação, a intimação ou a contradita da testemunha, pode ser relevada pelo juízo.

É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato (art. 357, § 6º, CPC); mas o juiz pode limitar ainda mais o número de testemunhas, levando em consideração a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados (art. 357, § 7º, CPC) – e também pode ampliá-lo, segundo pensamos, pelas mesmas razões, justificando o seu ato.

Em caso de litisconsórcio unitário, os litisconsortes, em conjunto, devem respeitar esse limite; se o litisconsórcio é simples, cada litisconsorte é considerado uma parte autônoma e, nessa qualidade, haverá, para cada um, limite específico¹⁶.

Cabe ao advogado da parte que arrolou a testemunha informá-la ou intimá-la a comparecer à audiência, indicando local, data e hora; dispensa-se a intimação judicial, como regra (art. 455, CPC). Se precisar intimá-la, deve o advogado fazê-lo por carta com aviso de recebimento, cumprindo-lhe juntar aos autos, com antecedência de pelo menos três dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento (art. 455, § 1º, CPC). A não realização dessa intimação importa desistência da inquirição da testemunha (art. 455, § 3º, CPC).

Nada impede também que a parte se comprometa a levar a testemunha à audiência independentemente de intimação. Nesse caso, o não comparecimento da testemunha gera a presunção de que a parte desistiu da sua inquirição (art. 455, § 2º, CPC).

A presunção, em ambos os casos, é *juris tantum*, “podendo o interessado provar que houve justo motivo para a testemunha não comparecer”¹⁷.

A intimação será feita pela via judicial nas seguintes situações (art. 455, § 4º, CPC): (i) se frustrada a intimação feita pelo advogado; (ii) quando a necessidade da intimação judicial for devidamente demonstrada pela parte ao juiz (a testemunha mora em local não acessado pelo serviço postal, por exemplo); (iii) quando figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz requisitará o seu comparecimento ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir; (iv) a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública; (v) quando se tratar de testemunha egrégia (art. 454, CPC).

A testemunha que for intimada pelo advogado da parte que a arrolou ou pela via judicial e deixar de comparecer à sessão designada sem motivo justificado será conduzida coercitivamente e responderá pelas despesas do adiamento (art. 455, § 5º, CPC).

16. Nos Juizados Especiais Cíveis, o limite é três testemunhas por parte (art. 34 da Lei n. 9.099/1995).

17. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 550. A lição foi pensada para o CPC-1973, em que não cabia ao advogado proceder à intimação da testemunha, mas pode ser estendida para o regramento do CPC-2015.

7. SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA

Apresentado o rol de testemunhas (art. 357, §§ 4º e 5º, CPC), a parte só pode substituir a testemunha que: falecer; por enfermidade, não estiver em condições de depor; tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada (art. 451, CPC).

A regra revela um traço bastante inquisitivo do processo, que transforma uma testemunha arrolada por uma parte em uma prova de *interesse público*, da qual não se pode mais desistir, salvo se todos os interessados e o juiz concordarem¹⁸. Não parece que a regra deva ser aplicada literalmente – nem é isso o que ocorre na prática.

Theotônio Negrão, em nota ao art. 408 do CPC-1973, de conteúdo praticamente idêntico ao art. 451 do CPC-2015, diz o seguinte: “O advérbio ‘só’ deve ser entendido em termos: a substituição é livre, se feita pelo menos cinco dias antes da audiência (RT 522/83), mesmo fora dos casos mencionados no art. 408 do CPC (RT 579/123)”¹⁹. A jurisprudência citada se construiu com base no CPC-1973, que fixava prazo regressivo de cinco dias antes da audiência – e, mais recentemente, dez dias antes da audiência – como o limite para a apresentação do rol. Mas, afora essa peculiaridade, inaplicável no sistema do CPC-2015, a essência do raciocínio vale nos dias atuais: mesmo fora das hipóteses do art. 451 do CPC, a substituição da testemunha parece possível, desde que ocorra a tempo de a parte contrária poder tomar conhecimento de quem se trata – para, se for o caso, contraditá-la – e desde que isso não represente violação ao dever de boa-fé processual.

Curioso é que, embora o rigor do dispositivo nos remeta a uma visão mais *inquisitorial* do processo, é certo que a substituição indevida de uma testemunha ou a desistência de um testemunho devem ser impugnados na primeira oportunidade que couber ao interessado falar nos autos, sob pena de preclusão.

8. PROCEDIMENTO DE COLHEITA DO DEPOIMENTO

8.1. Método de inquirição

As testemunhas devem ser ouvidas separada e sucessivamente – primeiro as do autor, depois as do réu – e uma não pode ouvir o depoimento da outra (art. 456, CPC). Essa ordem pode ser alterada por acordo entre as partes (art. 456, p. único, CPC).

18. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 540.

19. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 447-448.

A inquirição do magistrado pode ser feita antes ou depois das perguntas formuladas pelas partes – ou antes e depois, se necessário (art. 459, § 1º, CPC). Quando feita depois, “deverá ser facultada às partes a formulação de perguntas de esclarecimento ou complementação decorrentes da inquirição do juiz” (enunciado n. 157 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

8.2. Qualificação e contradita

Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando ou confirmando os seus dados pessoais, bem como se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo (art. 457, CPC). Logo após a qualificação, sob pena de preclusão, a parte ou o interessado pode *contraditar*, oralmente, a testemunha, arguindo sua incapacidade, impedimento ou suspeição para testemunhar.

Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, surge uma questão, que deverá ser resolvida por um *incidente processual*, denominado simplesmente, na praxe forense, de *contradita*, no qual a parte poderá provar as suas alegações, até mesmo por prova testemunhal – no máximo, três testemunhas, apresentadas no ato e inquiridas em separado (art. 457, § 1º, CPC). A parte que arrolou a testemunha deve ser ouvida neste incidente²⁰, em razão do seu manifesto interesse na manutenção do depoimento.

Provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante (art. 457, § 2º, CPC).

Observe-se o seguinte: a preclusão do poder de contraditar ocorre após a qualificação, pois é com base nela que se poderá apontar alguma das hipóteses que implicam incapacidade para o testemunho. Sucede que se, após a tomada do depoimento, sobrevém conhecimento de fato que se subsuma a qualquer das hipóteses excludentes da capacidade, será permitido à parte suscitar a contradita. A preclusão não é eficaz em relação a fatos que se revelam em momento posterior ao do seu surgimento.

8.3. Compromisso e escusa de depor

Deve o magistrado, antes de iniciar a inquirição, tomar da testemunha o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (art. 458, CPC). O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou ocluta a verdade (art. 458, p. único, CPC).

20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68.

Cumpra lembrar que as testemunhas menores, impedidas ou suspeitas, quando inquiridas, não prestam o compromisso (art. 447, § 5º, CPC), exatamente em razão de sua especial condição: elas são ouvidas como informantes.

Antes de responder à pergunta, a testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 448, já examinado (art. 457, § 3º, CPC). Ouvidas as partes, o juízo decidirá de plano.

8.4. Inquirição direta pelos advogados e pelo juiz

O magistrado pode formular perguntas à testemunha, assim como as partes, por seus advogados, também podem fazê-lo. O art. 459 admite que as partes – melhor: os seus advogados – formulem perguntas *diretamente* à testemunha, mas o juízo tem o poder de inadmitir aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou as que importarem repetição de outra já respondida.

A possibilidade de o advogado fazer perguntas diretamente à testemunha não nos parece, como explicaremos adiante, ser algo novo no sistema processual, mas a previsão expressa dessa possibilidade é um ganho. Importante lembrar que o fato de as perguntas serem feitas diretamente à testemunha não implica, necessariamente, induzimento da resposta (enunciado n. 156 do Fórum Permanente de Processualistas Civis) – haverá eventual induzimento a depender da pergunta feita ou da forma como ela foi elaborada; é o caso concreto que vai dizer.

Cumpra lembrar ainda que, envolvendo a causa discussão sobre fatos relacionados a abuso ou alienação parental, ao tomar o depoimento do incapaz o juiz deverá estar assessorado por especialista (art. 699, CPC). O objetivo é reduzir possíveis danos psicológicos que esse depoimento possa causar no menor.

As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer (art. 459, § 3º, CPC). Trata-se de direito da parte (enunciado n. 158 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

No CPC-1973, a inquirição era tarefa do magistrado. Em razão disso, afirmava-se que não podiam as partes fazer as perguntas diretamente à testemunha: era indispensável a intervenção do magistrado, embora, na prática, juízes mais liberais acabassem tolerando o questionamento direto, desde que formulado corretamente²¹.

21. MARINONI e ARENHART entendem que o “ideal seria que os advogados e o representante do Ministério Público pudessem formular as suas perguntas diretamente à testemunha, evitando-se o risco de o juiz formular outra pergunta, *no sentido de pergunta diversa*, à testemunha”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 559). Assim, também, GÔES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 20. Segundo Rômulo Moreira, no plenário do Tribunal do Júri, por força do antigo art. 467 do

Este *Curso* já defendia a correção desse posicionamento mais liberal. Corroborando a lição, as Leis n. 11.689/2008 e 11.690/2008 alteraram o Código de Processo Penal para permitir expressamente a arguição direta das testemunhas pelas partes (arts. 212 e 473, CPP). Ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permitia-se, ainda na vigência do CPC-1973, a inquirição direta pelas partes, nada justificava a manutenção dessa formalidade obsoleta no processo civil.

No direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A *direct-examination* (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a *cross-examination* (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule n. 611, “a”²²). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercitado, porém²³.

O art. 459 do CPC torna o sistema de produção da prova testemunhal no ordenamento processual brasileiro mais próximo daquele existente no direito anglo-americano.

Esse modo de produção da prova é manifestação da ideologia liberal que orienta o processo da *common law*, principalmente o processo estadunidense, de caráter marcadamente *adversarial* (dispositivo), em que deve prevalecer a habilidade das partes sem a interferência

Código de Processo Penal, admitia-se a inquirição direta da testemunha pelas partes e pelos jurados. (*Direito processual penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 341). Note que o texto anterior desse artigo foi alterado pela Lei n. 11.689/2008. Atualmente, é o artigo 473 do CPP que cuida do tema, reforçando a lição aqui defendida, pois permite a arguição das testemunhas diretamente pelas partes. Não se admite, porém, que os “jurados” inquiram diretamente as testemunhas: suas perguntas serão formuladas por intermédio do magistrado. Justifica-se a medida pelo fato de o jurado ser um juiz leigo. Eis o texto do art. 473 do CPP: “Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. § 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. § 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente”.

22. “Control by court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (1) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth, (2) avoid needless consumption of time, and (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment”. Considerando o direito à *cross-examination* como inerente à garantia do *fair trial* (procedimento justo), JOLOWICZ, J. A. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973, p. 163-164.
23. CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, v. 2, p. 59, especialmente nota 10.

do magistrado²⁴. Segundo Michele Taruffo, trata-se de manifestação de uma concepção “esportiva” (competitiva) da justiça²⁵, de modo a exprimir um dos valores fundamentais do processo da *common law*: o combate individual como método processual²⁶.

Sobre a elaboração das perguntas, ainda são úteis as recomendações das Ordenações Filipinas (Liv. I, LXXXVI, 1):

“E bem assi perguntarão declaradamente polo que sabem dos artigos, e não perguntarão por cousa alguma, que seja fóra do que nelles se contém, e da materia e caso delles. E se disserem, que sabem alguma cousa daquillo, por que são perguntados, perguntem-lhes como o sabem. E se disserem, que o sabem de vista, perguntem-lhes em que tempo e lugar o viram, e se stavam ahi outras pessoas, que tambem o vissem. E se disserem que o sabem de ouvida, perguntem-lhes a quem o ouviram, e em que tempo e lugar. E todo o que disserem, façam screver, fazendo-lhes todas as outras perguntas, que lhes parecerem necessarias, per que melhor e mais claramente se possa saber a verdade. E attentem bem com que aspecto e constancia fallam, e se variam, ou vacillam, ou mudam a côr, ou se torvam na falla, em maneira, que lhes pareça, que são falsas, ou suspeitas”.

Também é aplicável, à minguia de previsão no CPC, o disposto no art. 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Obviamente, todo relato humano traz consigo as impressões do observador: esse conselho não autoriza o “jugador a impedir a testemunha de expressar opinião para a qual tenha suficiente experiência ou habilitação”, tampouco permite “supor que a narração da testemunha seja absolutamente isenta de ‘apreciações’”²⁷ pessoais e juízos de valor.

24. “Ciertamente el hecho de que el interrogatorio de los testigos se conduzca por los defensores de las partes, puede contribuir a mantener al juez ‘fuera de la refriega’, así como puede, de outro lado, hacer en muchos casos más eficaz el propio instituto, en la vivacidad polémica del interrogatorio cruzado, tanto más si se piensa que nadie mejor que las partes mismas, y por consiguiente que los defensores de las partes, podrían encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos o inexactitudes del testigo, y así sucesivamente. De otro lado, es necesario, sin embargo, tener también presente que la diversa habilidad de los defensores de las partes, diferencia que puede acentuarse sobre todo en la litis entre personas de diversa fuerza económica, puede hacer ineficaz la situación de igualdad de las partes en un sistema en el cual el juez no tenga, además de un poder de dirección formal también un poder de dirección material del proceso, poder que se expresa sobre todo en una posibilidad de interrogación”. (CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Librería Editora Platense, 2002, v. 2, p. 56, nota 4.)

25. TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, cit., p. 34.

26. TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, cit., p. 35, nota 82.

27. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 114.

8.5. Testemunho em língua estrangeira e em Libras

Se a testemunha não dominar o idioma nacional, o juiz deve nomear *tradutor* para “verter para o português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional” (art. 162, II, CPC).

Do mesmo modo, se a testemunha possui deficiência auditiva, mas consegue comunicar-se pela Língua Brasileira de Sinais (Libras), conhecida normalmente como língua dos surdos-mudos, isso não a impede ou a torna incapaz de prestar depoimento. Nesse caso, cabe ao juiz nomear *intérprete* para promover a interpretação simultânea do depoimento (art. 162, III, CPC)

8.6. Dever de urbanidade

As testemunhas devem ser tratadas com urbanidade, não sendo lícito que lhes sejam dirigidas perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias (art. 459, § 2º, CPC)²⁸.

Reputam-se capciosas, por exemplo, as chamadas *leading questions*: as perguntas que sugerem uma resposta ou trazem consigo a resposta que o inquiridor procura obter (por exemplo, perguntas que partem de um pressuposto de fato havido como ocorrido, induzindo a testemunha a também considerá-lo ocorrido em sua resposta, embora esse fato seja exatamente o fato controvertido).

9. DOCUMENTAÇÃO DO TESTEMUNHO

O depoimento da testemunha deverá ser documentado. O art. 460 do CPC privilegia a documentação por *meio de gravação* – é conveniente o registro da *imagem* do depoimento (gravação audiovisual). Quando a documentação se dá pela sua transcrição em ata digitada, datilografada, ou por outra forma idônea de registro, como a taquigrafia ou estenotipia, deverá o documento ser assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores (art. 460, § 1º, CPC).

A Lei n. 11.419/2006 criou e regulamentou o *processo em autos eletrônicos* (art. 8º da Lei n. 11.419/2006²⁹). Quando for o caso de processo em autos eletrônicos, o

28. Trata-se de regra que compõe o sistema de proteção da boa-fé no direito processual e tem, por isso mesmo, profundo caráter ético. A “busca da verdade” não pode ser empreendida a qualquer custo. Bem diferente é a prática norte-americana, em que a *cross-examination* tem o objetivo principal de *break or destroy the witness*, independentemente do fato de ela ter ou não falado a verdade; as técnicas de inquirição não são elaboradas com vistas à obtenção da verdade, mas sim com o objetivo de atacar a qualquer custo as declarações, a pessoa e a credibilidade da testemunha (TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Padova: CEDAM, 1979, p. 32).

29. Art. 8º da Lei n. 11.419/2006: “Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente,

depoimento da testemunha será registrado nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 209 do CPC (art. 460, § 3º, CPC):

Art. 209. [...]

§ 1º Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

§ 2º Na hipótese do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão.

No processo em autos eletrônicos, *todas as assinaturas serão também eletrônicas* (p. único do art. 8º da Lei n. 11.419/2006).

Caso o depoimento da testemunha seja documentado por escrito, cabe ao magistrado ditá-lo ao serventuário responsável pelo registro. O art. 215 do Código de Processo Penal traz regra que serve como um bom parâmetro a ser seguido neste caso: “na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases”.

Havendo interposição de recurso em processo que tramite em autos não eletrônicos no qual o depoimento da testemunha tenha sido gravado, somente será ele convertido para a forma digitada (escrita) quando for *impossível* o envio de sua documentação eletrônica (art. 460, § 2º, CPC). O objetivo da regra é permitir que o tribunal tenha acesso à documentação *mais fiel possível* do depoimento prestado.

Consoante mencionado, a testemunha pode ser ouvida por outro juiz, que não o responsável pela causa. No entanto, havendo a utilização de meio audiovisual, não há qualquer previsão no CPC acerca do juízo responsável pela gravação do depoimento. Por conta disso, permite-se a aplicação ao processo civil da Res. 105/2010 do CNJ, que veio dispor, no âmbito do processo penal, sobre a “documentação dos depoimentos por meio de sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunha por videoconferência”. Extrai-se da citada resolução “que caracteriza ofensa à independência funcional do juiz de primeiro grau a determinação, por magistrado integrante de tribunal, da transcrição de depoimentos tomados pelo sistema audiovisual”. Assim, por exemplo, não se pode entender que

a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei”.

cabará ao juízo deprecado a degravação da prova testemunhal, em especial quando pertençam ao mesmo grau de jurisdição. Ainda se reforça tal entendimento pelo fato de que sequer é obrigatória essa degravação, sendo desarrazoada a imposição de tal ônus ao juízo deprecado. Nesse sentido, cf.: STJ, 1ª S., CC n. 126.770-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 8.5.2013, publicado no informativo 523.

Há, por outro lado, entendimento do STJ, no sentido de ser competência do juízo deprecado a degravação dos depoimentos, pois seria procedimento a integrar o cumprimento da carta precatória. A degravação seria uma forma de cumprimento integral da carta precatória, a fim de possibilitar ao juízo deprecante que conheça o conteúdo dos depoimentos colhidos. Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, CC n. 126.747, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 25.09.2013, publicado no informativo 531.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a prova oral não deve ser reduzida a escrito (art. 36 da Lei n. 9.099/1995), mas as partes, por ocasião do recurso, poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 13 da mesma lei, correndo por conta do requerente as despesas respectivas (art. 44 da Lei n. 9.099/1995).

No depoimento de uma testemunha ou de uma parte, pode surgir a informação de que outra pessoa também teve conhecimento sobre o fato: trata-se da testemunha *referida*, cujo depoimento pode ser ordenado *ex officio* ou a requerimento da parte (art. 461, I, CPC).

Havendo divergência entre os depoimentos colhidos (prestados tanto pela testemunha como pela parte), pode o magistrado determinar, *ex officio* ou a requerimento, a *acareação* dos depoentes, ou de uma das testemunhas e uma das partes, a fim de esclarecer a controvérsia (art. 461, II, CPC). Essa acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (art. 461, § 2º, CPC).

Finalmente, duas considerações.

a) A testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de três dias (art. 462, CPC). Lembre-se que o beneficiário da justiça gratuita está dispensado do pagamento dessa despesa (art. 98, § 1º, IV, CPC).

b) O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço (art. 463, p. único, e art. 98, § 1º, IV, ambos do CPC).

Prova pericial

Sumário - 1. Conceito e generalidades – 2. Fontes da prova pericial – 3. Espécies de perícia – 4. O perito e o assistente técnico: 4.1. O perito e suas funções; 4.2. Requisitos para escolha do perito; 4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa; 4.4. Escusa e recusa do perito; 4.5. Substituição do perito; 4.6. Assistente técnico e suas funções; 4.7. Quadro comparativo – 5. Admissibilidade – 6. Procedimento de produção da prova pericial – 7. Escolha consensual do perito – 8. Avaliação. Possibilidade de “segunda perícia” ou “outra perícia” – 9. Despesas..

1. CONCEITO E GENERALIDADES

Em algumas situações, a investigação dos fatos envolvidos na causa exige conhecimentos técnicos especializados que um juiz médio – assim considerado aquele que tem experiência comum, cultura média – não possui.

Diante disso, deve o órgão jurisdicional valer-se da chamada *prova pericial*.

A *prova pericial* é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um *perito*, especialista em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado *laudo pericial* – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e por seus assistentes técnicos.

Chama-se *perícia*, “em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem esses exames são confiados”¹.

Alguns exemplos de sua utilidade: *i*) a ação de indenização por danos oriundos de doença profissional, em que se fará necessária a atuação de um perito-médico para avaliar incapacidade laboral da vítima e sua extensão; *ii*) a ação para reparação de danos oriundos do desabamento de um prédio, em que será indispensável a avaliação, por um perito-engenheiro, das razões do desmoronamento; *iii*) a ação de prestação de contas, em que é essencial o exame, por um perito-contador, dos documentos e demonstrativos financeiros e contábeis da gestão administrativa – do inventariante, tutor, curador, administrador etc; *iv*) a ação de usucapião, na qual se nomeia um perito para analisar a delimitação e extensão da área usucapienda, há quanto tempo existem aquelas obras e construções etc.

Há quem discuta se a perícia é meio de prova, considerando-a como uma averiguação das provas feita pelo perito, no lugar do magistrado. Tratar-se-ia de uma

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 585.

ponderação razoável se considerássemos que todo meio de prova é a prova em si. Sucede que o meio de prova é, em verdade, a técnica desenvolvida para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte), enquadrando-se, nesse conceito, com tranquilidade, a prova pericial².

Sobre essa necessidade de atuação do *expert* em lugar do juiz, na investigação das provas, diz Moacyr Amaral Santos: “Porque o juiz não seja suficientemente apto para proceder direta e pessoalmente à verificação e mesmo à apreciação de certos fatos, suas causas ou consequências, o trabalho visando tal objetivo se fará por pessoas entendidas na matéria”³.

A perícia técnica pode dar-se: 1) pela simples *percepção técnica*, ou seja, declaração do perito de ciência dos fatos que só podem ser percebidos por apurado sentido técnico; 2) pela afirmação de *juízo técnico*, ou seja, formulação de parecer ou opinativo; e 3) pela conjugação das duas atividades anteriores, de percepção e afirmação de juízo, o que é o mais comum⁴.

O perito ou bem colabora com sua aptidão técnica de conhecimento e verificação de fatos (percepção técnica) ou bem colabora com sua opinião técnica a respeito da interpretação e avaliação dos fatos, dando-lhe regras técnicas para que o juiz o faça (juízo técnico).

Quando o juiz pode, com sua própria cultura e conhecimento comum, acessar e compreender o que a fonte de prova revela, basta, porém, uma inspeção pessoal. Mas se para apreendê-la é necessário que possua dotes técnicos e científicos, além dos que se pode esperar do juiz-médio, a inspeção da fonte de prova deve ser feita por um *expert* na matéria, por um perito. O perito substitui, pois, o juiz, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, *a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial (perícia)*.

Mas essa substitutividade se limita à verificação, análise, apreciação da *fonte de prova*, e pronto. O perito não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da *prova*. É por isso que cabe, tão somente, ao juiz analisar e valorar o resultado da perícia – bem como de todos os outros meios de prova –, para considerá-lo, ou não, em seu julgamento (art. 479, CPC). Se não concordar com as conclusões da perícia, poderá o magistrado determinar *outra* perícia, chamada de *segunda perícia*.

2. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 280. Considerando-a meio de prova, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 310; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 200.

3. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 306-309.

4. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 306-309; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 199.

A verdade é que o perito *substitui* o juiz na percepção e análise das fontes de prova, e *contribui*, com isso, para investigação dos fatos. É, ao mesmo tempo, substituto e auxiliar.

Resta, então, responder à seguinte pergunta: dispondo o magistrado de conhecimentos técnicos (por exemplo: além de bacharel em direito, o magistrado é médico), poderia ele dispensar a realização da perícia, aplicando o seu próprio saber técnico para a formação do seu convencimento?

Não. “Do contrário, o juiz acumularia a função de perito, impossibilitando a adoção do correspondente procedimento probatório e amputando às partes a oportunidade de participar dele pela forma que a lei lhe assegura”⁵. “Tanto quanto o juiz-testemunha, o juiz-perito é recusado pelo sistema”⁶. Ademais: a) nem sempre o juiz que preside a produção da prova será aquele que sentenciará e b) a instância recursal é composta necessariamente por outros magistrados distintos daquele que proferiu a sentença.

A perícia é, então, indispensável, sempre que as noções técnicas exigidas para a elucidação dos fatos extrapolarem o conhecimento esperado de um homem-médio.

Sucede que o juiz-médio pode dispor, basicamente, de dois tipos de conhecimento: i) o *comum*, que é aquele vulgar, obtido a partir do que ordinariamente acontece – ex.: qualquer pessoa sabe que arco-íris no céu é indicativo de que choveu; ii) o *técnico*, previsto no art. 375, CPC, que é o saber técnico e científico que detém um homem que não é profissional daquele campo do saber, nem é nele especializado – ex.: o juiz pode ter noções de psicologia, sem ser psicólogo, pode ter uma ideia de química, sem ser químico, algum conhecimento de enfermidades e procedimentos médicos, sem ser médico etc.. Trata-se de conhecimento que está ao alcance de todos.

O juiz pode valer-se de sua experiência comum e técnica para julgar, é o que se extrai do art. 375, CPC. Mas se a causa exigir conhecimentos que ultrapassem os limites do que é esperado do *homo medius* – de cultura comum e média –, adentrando o campo dos princípios, teorias, conceitos, fórmulas de uma ciência, é indispensável a perícia. “Onde termina o campo acessível ao homem de cultura comum ou propício às presunções judiciais, ali começa o das perícias”⁷⁻⁸.

-
5. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 9.
 6. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 586. Assim, também, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 567 e 568.
 7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 586 e 587.
 8. Na doutrina alemã, admite-se que o tribunal denegue prova pericial quando considere que possui experiência o bastante para analisar a questão. Não se trata, contudo, de opinião dominante (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 280).

2. FONTES DA PROVA PERICIAL

Na prova pericial, *pessoas* ou *coisas* são as fontes de prova, pois podem ser objeto do exame. Os fenômenos também podem ser fonte da prova pericial (perícia para constatar barulho ou mau cheiro, por exemplo).

Serviços não são fontes de prova pericial. Serviços não têm existência física. Assim, aquelas perícias em que se avalia valor ou qualidade de um serviço, por exemplo, têm como objeto, em verdade, a pessoa ou a coisa sobre a qual o serviço foi realizado, e não, o próprio serviço⁹.

No que diz respeito às *pessoas*, não existem restrições em nosso ordenamento jurídico. Podem ser inspecionadas pessoas vivas ou mortas. Deve-se, contudo, preservar os direitos fundamentais da pessoa a ser examinada, considerando-se ilegítimas, por exemplo, perícias realizadas contra sua vontade (art. 5º, LVI, CF).

A jurisprudência do STF já há muito firmou o entendimento de que ninguém pode ser coagido a se submeter a exame pericial na esfera cível. O suposto pai não é obrigado a aceitar a retirada de sangue para a realização de exame de DNA. Pode recusar-se a realizar o exame. Mas, em contrapartida, o julgador, diante disso, está autorizado a presumir que o resultado seria positivo, na forma do art. 2º-A, parágrafo único, Lei n. 8.560/1992, introduzido pela Lei 12.004/2009. Observe-se que, neste caso, tem-se uma *presunção legal relativa* de paternidade. A discussão precisa ser retomada, porém, quando se cuida do direito ao reconhecimento de ascendência genética, conteúdo do direito fundamental à saúde e à vida.

A matéria também já foi objeto de regulamentação no Código Civil, arts. 231 e 232, que firmam o entendimento de que aquele que se nega a se submeter ao exame médico não pode se beneficiar com sua recusa. A recusa injustificada implicará presunção de veracidade do fato a ser provado. O tema foi tratado com maior profundidade no capítulo de Teoria Geral da Prova – ao qual se remete o leitor¹⁰.

No âmbito desportivo, a perícia é imprescindível para a verificação da existência de dopagem. Como a dopagem somente se pode comprovar por perícia, legitimar a recusa do atleta a submeter-se a ela seria uma forma de estimular comportamentos ilícitos, desequilibrando a igualdade de armas e a lealdade, fundamentos das competições esportivas. A recusa à perícia médica, no caso, é abuso do direito, conduta ilícita que precisa ser coibida. Assim, o Código Brasileiro de Justiça

-
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 589.
 10. Confira-se, ainda, a obra coletiva organizada por Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: *Prova, exame médico e presunção – o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

Desportiva, no art. 244, § 5º, determina que “presume-se dopado, para os efeitos deste artigo, o atleta que não se submeter ao procedimento do controle de dopagem, quando regularmente notificado”.

Em princípio, não há limites jurídicos para a perícia sobre *coisas*. A única dificuldade que pode surgir é do acesso à coisa, pois muitas vezes ela está em poder de uma das partes, de uma repartição pública ou de um terceiro.

Se a coisa a ser examinada estiver em poder das partes ou de uma repartição pública, o próprio perito pode solicitá-la, conforme o art. 473, §3º, CPC. O juiz deve tomar todas as providências para que essa solicitação seja atendida, em caso de resistência – art. 396 segs., CPC. No caso de a parte descumprir a ordem de exibição, o juiz deve considerar verdadeiras as alegações que a perícia viria provar (art. 400, CPC).

Se a coisa estiver em posse de terceiro, o perito deve requerer ao juiz que providencie a exibição, na forma dos arts. 401-404 do CPC¹¹. De acordo com o art. 380, II, CPC, o terceiro tem o dever de exibir coisa ou documento que esteja em seu poder quando requisitados.

3. ESPÉCIES DE PERÍCIA

De acordo com o art. 464, CPC, a perícia pode consistir em exame, vistoria ou avaliação.

O *exame* e a *vistoria* são atividades substancialmente iguais. Ambas consistem no ato de inspeção, observação. Distinguem-se, tão somente, pelo seu objeto.

Enquanto o *exame* é ato de inspeção de pessoas e bens móveis ou semoventes – ex.: exame do DNA do suposto pai ou suposta mãe, em ação de investigação de paternidade –, a *vistoria* é ato de inspeção de bens imóveis – ex.: vistoria de imóvel locado, para apuração de danos sofridos no curso da locação¹². Disso extrai-se que “uma e outra somente são praticáveis quando o objeto da perícia é de natureza material, quer dizer, pode ser visto, ouvido, sentido e examinado pela inspeção”.¹³

Ovídio Baptista segue essa linha de inteligência, mas lembra que o CPC-1973 embaralhava as espécies. O art. 846 do CPC-1973¹⁴ contrapunha “exame pericial” à prova testemunhal e ao depoimento pessoal, dando

11. Com essa visão, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7ª ed., v. 1, p. 369.

12. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 121. Também nesse sentido, SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 283; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 1989, p. 310.

13. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 311; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 202 e 203.

14. “A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”.

a entender que “exame” não seria mais uma espécie de perícia, mas, sim, o próprio gênero – o que prevalecia no CPC-1939, que assim denominava todo capítulo que cuidava da perícia (“Exames Especiais”).

O CPC-2015 também não segue rigorosamente essa classificação ao longo do seu texto. Ora, usa a espécie “exame” no sentido do “gênero” perícia (ex.: art. 375, 443, II, CPC-2015); ora, emprega o termo “exame” em sentido diverso de perícia, e gerando dúvida sobre o seu significado (art. 618, IV, 966, VIII, CPC-2015 etc.)¹⁵. Como o CPC utiliza, sem significação precisa, as duas expressões, é melhor referir-se simplesmente à prova pericial, precisando-se a fonte sobre a qual deve recair e sua finalidade.

Marinoni e Arenhart, a princípio, não fazem distinção entre exame e vistoria. Ambos dizem respeito a uma atividade de observação, inspeção, revista. São, em verdade, sinônimos. Mas, para fins didáticos, também propõem uma diferenciação pautada no objeto, um pouco diversa daquela ora proposta. Enquanto o *vistoria* recai sobre bem imóvel, o *exame* é realizado sobre bem móvel¹⁶.

Já a *avaliação*, também chamada de arbitramento, é a atividade de fixação do valor de coisas e direitos.

João Batista Lopes diferencia avaliação e arbitramento. Enquanto aquela seria estimação de valor de mercado da coisa ou direito – como se dá em processos de execução ou inventário –, esta última seria estimação de valor de coisa ou direito, quando não for possível sua avaliação por preço de mercado¹⁷.

Para Ovídio Baptista, avaliação e arbitramento podem ser considerados como tipos distintos de perícia, como se faz na linguagem forense. O arbitramento serviria para reduzir a numerário algum direito ou obrigação, já a avaliação, que ocorre em execução ou inventário, não é tratada como arbitramento, nem segue as regras inerentes à perícia¹⁸.

15. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 203 e 204.

16. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 378. Em outra obra mais profunda, Marinoni e Arenhart criticam essa distinção. Registram as inúmeras discordâncias doutrinárias sobre o tema e defendem que “não há base para distinguir os dois vocábulos supondo o seu objeto, e afirmando, sem nenhuma base normativa, que a vistoria recai sobre imóvel e o exame não. Também não procede, para efeito da pretendida diferenciação, afirmar que a vistoria é a atividade de quem vê, pois no exame ocorre o mesmo; aquele que vê, e relata algo – seja na forma oral ou por escrito – realiza exame ou vistoria. Como o CPC utiliza, sem significação precisa, as duas expressões, é melhor requerer simplesmente prova pericial, precisando-se o objeto sobre o qual deve recair e sua finalidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 573.)

17. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 121.

18. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 366.

Moacyr Amaral Santos também os visualiza como categorias diversas. O arbitramento serviria para estimativa de valor (atribuição de valor em dinheiro) de coisas, direitos ou obrigações, já a avaliação seria a determinação de justo preço de alguma coisa como ocorre em execução, inventário, partilha¹⁹.

Como já dito, não enxergamos distinção substancial que justifique extremar os institutos em questão.

Pois bem.

Não se vislumbra nenhuma utilidade prática ou didática nessa classificação.

No Código Civil de 1916, art. 136, incisos VI e VII, previam-se o exame, vistoria e arbitramento como meios de prova dos fatos jurídicos. O CPC-1973, art. 420, acolheu a subdivisão feita pela legislação material – ainda que tenha substituído o termo arbitramento por avaliação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no art. 212, V, eliminou a previsão das modalidades citadas, limitando-se a mencionar a perícia como forma de prova dos atos jurídicos. Foi aplaudida a alteração promovida pelo legislador civil, que, finalmente, parece reconhecer que não há diferença substancial e útil entre essas espécies de perícia. Diante disso, fora proposta a interpretação de que o art. 212, V, CC, em sendo lei posterior, teria revogado, no art. 420, CPC-1973, a previsão dessas modalidades de perícia. Mas o art. 464, *caput*, CPC-2015, volta a prevê-las, dizendo consistir a perícia em exame, vistoria e avaliação. Haverá aqueles que dirão que, com isso, não se poderia mais negar a vigência da classificação. Restaria só insistir na sua inutilidade.

Malgrado não exista previsão legal, é possível cogitar, ainda, as chamadas *perícias extrajudiciais ou amigáveis*, que seriam aquelas que as partes promovem fora do processo para a elucidação de dúvidas e questionamentos que surgiram ou possam vir a surgir sobre fatos que lhes interessam. Dar-se-iam, sempre, de forma consensual, por acordo de ambas as partes. Produzida em contraditório extrajudicial, com o assentimento de ambos os sujeitos da relação jurídica material, essa perícia produzirá um laudo que poderá ser utilizado como prova em juízo, com *status* bem semelhante ao de uma prova pré-constituída.

Moacyr Amaral Santos, abordando essa espécie de perícia, diz ser comum na prática forense, exemplificando: “Exemplo a que o locador e locatário promovem, no início do contrato de locação, a fim de certificarem-se sobre as condições de conservação do imóvel e que, um dia, desavindo eles, seja trazida a juízo para prova dos fatos da causa. Exemplo, ainda, a perícia que se faça na divisão amigável e

19. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 311

que, depois, venha a ser oferecida como prova numa questão entre antigos condôminos”²⁰.

Há casos em que o legislador reputa indispensável a perícia, como na ação de demarcação de terras e de acidente de trabalho. São as chamadas *perícias necessárias* ou *obrigatórias*, aquelas impostas pelo legislador como meio adequado para a verificação de dados fatos, etapa necessária do procedimento²¹.

4. O PERITO E O ASSISTENTE TÉCNICO

4.1. O perito e suas funções

A prova pericial é realizada pelo perito.

O perito é especialista em determinado campo do saber, que atua como auxiliar eventual do juízo, protagonizando a prova pericial.

Suas impressões técnicas e científicas sobre os fatos em discussão são registradas no *laudo pericial*, que será objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos. O *laudo pericial* é o instrumento escrito apresentado pelo perito, que registra suas respostas aos quesitos, seus raciocínios e suas conclusões.

Para elaborar o laudo, o perito deve ter contato direto com as fontes de prova – pessoas e coisas –, analisando-as com base em métodos técnicos e científicos e em todos os outros elementos que se façam necessários (art. 473, §3º, CPC).

Tomando como critério a *função* desempenhada, fala-se em dois tipos de perito: *i) o perito percipiente*, que é aquele que percebe os fatos com apurado senso técnico, para noticiá-los ao juiz – figura que se assemelha à testemunha; e *ii) o perito judicante*, que não só narra fatos, mas também lança um parecer técnico especializado.²²

Assim, enquanto o *perito percipiente* declara ciência dos fatos (em um relato ou narrativa), constatados por sentido técnico, o *perito judicante*, além de relatá-los, enuncia opinião técnica sobre eles.

As funções do perito não se confundem com as da *testemunha* – não obstante em algumas situações com elas se assemelhem.

A função do perito não é simplesmente relatar fatos percebidos sensorialmente – tal como devem fazer as testemunhas –, mas, sim, percebê-los tecnicamente e/ou emitir um juízo sobre eles, fundado em seus conhecimentos técnicos especializados.

20. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 311.

21. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 312.

22. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 318.

Às testemunhas cabe narrar fatos que foram objeto de percepção sensorial, em uma visão leiga; não cabe a elas constatar ou fazer um juízo técnico sobre os fatos, malgrado não raro isso ocorra. Assim, por exemplo, “a testemunha pode declarar que o prédio desabou, mas não pode declarar que o prédio desabou em virtude de rachaduras que eram existentes (isto apenas a prova pericial pode dizer)”²³.

Antônio Carlos de Araújo Cintra traz outros critérios para distinção entre perito e testemunha: “Primeiro, a testemunha tem conhecimento dos fatos casualmente e o perito é encarregado pelo juiz de verificá-los. Segundo, a testemunha é infungível, no sentido de que deve ter presenciado os fatos a respeito dos quais deporá em juízo, e o perito é fungível, no sentido de que pode ser livremente escolhido pelo juiz dentre as pessoas tecnicamente habilitadas para esclarecê-lo sobre os fatos da causa”. Por fim, há quem entenda que o perito pode ser testemunha na causa em que atua, porquanto não haja incompatibilidade²⁴.

Normalmente, a testemunha relata os *fatos passados*, com base em suas percepções sensoriais. Já o perito verifica, analisa e opina sobre *fatos presentes*, com base em seus conhecimentos especializados.

Esse outro critério de diferenciação é, contudo, relativo. Existem as chamadas perícias indiretas, voltadas para fatos pretéritos, baseadas em rastros e pistas deixadas no tempo²⁵.

Moacyr Amaral Santos bem lembra que, normalmente, a perícia recai sobre fatos permanentes e atuais, mas os fatos transitórios e pretéritos que deixam rastros e vestígios, eventualmente, podem ser examinados e reconstituídos por peritos, de forma a tornarem-se atuais para o juiz da causa²⁶.

Ao perito não cabe intrometer-se na tarefa hermenêutica, opinando sobre questões jurídicas, interpretando lei ou citando jurisprudência ou doutrina jurídica. Sua atuação é eminentemente técnica e recai, tão somente, sobre fatos. Só deverá emitir juízos, baseados em sua especialidade profissional, sobre questões de fato (cf. art. 473, §2º, CPC).

Assim, por exemplo, se um perito não pode opinar pelo deferimento de um pedido de indenização do locador, pode, porém, fazer uma vistoria do imóvel, para entender que os danos alegados foram decorrentes de mau uso.²⁷

23. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*, 5ª ed., p. 378.

24. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 201.

25. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 281.

26. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 316.

27. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 124.

O perito tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi atribuído, independentemente de termo de compromisso (art. 466, CPC), com toda sua diligência, no prazo fixado pelo juiz (art. 157, CPC). De fato, não faz sentido sujeitar o perito a qualquer exigência de prestar compromisso. É ato inútil e desnecessário; trata-se de dever inerente ao cumprimento da função.

Deve, ainda, atuar com competência, lealdade, eficiência, zelo e, sempre, cumprir seus prazos. Incumbe-lhe, assim, comunicar previamente aos assistentes das partes do dia, hora e local em que realizará a diligências, apresentar o laudo tempestivamente, responder quesitos apresentados pelas partes, eliminar dúvidas e divergências em torno de seu laudo e, se for o caso, comparecer em audiência para prestação de esclarecimentos necessários.

Quando o perito deixar de cumprir o encargo no prazo assinado, sem motivo legítimo, o juiz poderá substituí-lo. O juiz comunicará, ainda, a ocorrência à corporação profissional respectiva e poderá puni-lo com multa a ser fixada com base no valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo (art. 468, II e §1º, CPC).

O perito tem o dever de fornecer informações verídicas, que correspondam à realidade fática observada e respeitem regras técnicas e científicas aceitas na sua área de conhecimento (art. 158, CPC). O desrespeito a esse dever é ilícito que se configura independentemente de dano. O dano só é necessário como pressuposto da responsabilidade civil. O ilícito pressupõe, contudo, o elemento subjetivo do dolo ou culpa²⁸.

O descumprimento de tal dever pode implicar consequências de variada natureza.

O art. 158 do CPC prevê uma sanção processual. De acordo com esse dispositivo, o perito que fornece informações inverídicas, por dolo ou culpa, ficará inabilitado para atuar como perito em quaisquer outros processos pelo prazo de dois a cinco anos. A sanção só poderá ser imposta mediante prévia instauração de incidente processual, em que sejam assegurados ao perito acusado o contraditório e ampla defesa, bem como a oportunidade de produzir provas. Imposta a pena por decisão passada em julgado, o perito não pode atuar em qualquer outro processo judicial, sob pena de incorrer no tipo penal do art. 359, Código Penal.

Este incidente se encerrará por decisão interlocutória agravável, na medida em que é uma decisão parcial, que resolve uma questão que surgiu durante o procedimento (art. 1015, II, e 356, §5º, CPC). Há, aqui, ampliação do objeto litigioso e, por isso, o caso se subsume à

28. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 463.

hipótese do inciso II do art. 1015 do CPC. Até porque, caso não fosse possível o agravo de instrumento, o perito não teria recurso. Como as interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento somente podem ser impugnadas na apelação contra a sentença e como essa sentença não lhe diz respeito, o perito não poderia apelar e, por isso, ficaria sem recurso²⁹.

O perito que fornece informações inverídicas, por dolo ou culpa, responderá, ainda, pelos danos causados à parte (art. 158, CPC), mediante indenização que deverá ser objeto de ação própria. Isso se dá sem prejuízo de outras sanções. Tanto que o perito que deduz afirmação falsa ou omite fato relevante (delito de falsa perícia) sofrerá a sanção prevista no art. 342, Código Penal. Junto a isso, o ilícito deve ser comunicado ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas disciplinares cabíveis³⁰.

4.2. Requisitos para escolha do perito

A perícia não pode ser realizada por uma pessoa qualquer.

O perito deve ser um profissional com conhecimento especializado exigido para a realização da perícia. Esse profissional pode ser um autônomo legalmente habilitado (pessoa natural) ou pode ser integrante do quadro de profissionais de uma pessoa jurídica³¹ ou de um órgão técnico ou científico especializado.

O juiz pode nomear como perito, por exemplo, profissional integrante de um laboratório ou entidade especializada. O que importa é que o profissional autônomo, a pessoa jurídica ou o órgão designado esteja devidamente inscrito em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz esteja vinculado.

O art. 145, §1º, CPC-1973, exigia que o perito fosse profissional de nível universitário, inscrito no respectivo órgão de classe. O legislador depositava excessiva confiança na qualidade do ensino das universidades brasileiras. Também não observava que havia perícias que não pressupunham conhecimento universitário. Célebre

29. Em sentido diverso, Marinoni e Arenhart defendem que, por não ser o perito parte nem terceiro no processo, não pode interpor recurso. Cabe para os autores, mandado de segurança ou ação de conhecimento, se necessária a produção de provas (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 586).

30. Conferir ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 581.

31. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Conferir MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 569. João Batista Lopes, em sentido diverso, defende que só pode se tratar de pessoa física, jamais jurídica (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 124). Também assim, Antônio Carlos de Araújo Cintra, ainda que ressaltando que isso não impede que o juiz solicite nome de peritos em estabelecimentos especializados, nem que o perito tenha uma equipe de apoio (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 208).

é o exemplo de Pontes de Miranda do especialista em borracha na Amazônia ou em podamento de pé de café da Colômbia que pode ser, até mesmo, analfabeto³²⁻³³.

A regra não foi reproduzida no CPC-2015. Boa opção legislativa. O art. 156, §1º, CPC, inova ao simplesmente estabelecer que o perito seja escolhido dentre aqueles devidamente inscritos em cadastro formado pelo tribunal ao qual se vincula o juiz³⁴. É original essa previsão, na lei federal, de que se institucionalize uma lista de peritos dos tribunais, a exemplo do que já existia no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A criação de uma listagem de peritos considerados tecnicamente aptos pelo tribunal deverá ser providenciada por órgão da Corte.

Inicialmente, deve ser realizada consulta pública, mediante divulgação na rede mundial de computadores (no sítio do tribunal ou na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça) ou em jornais de grande circulação, bem como consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais interessados e habilitados (art. 156, §2º, CPC).

Em seguida, devem ser avaliados e selecionados esses profissionais, a partir critérios objetivos, previamente estabelecidos (ex.: experiência, credibilidade etc.), organizando-os em uma lista, produzida a partir desse procedimento a ser devidamente regulamentado. Tudo isso vem garantir um “perito natural”, afinal será nomeado dentre aqueles previamente cadastrados a partir de processo seletivo norteado por parâmetros sérios, objetivos e impessoais, todos eles decorrentes de lei prévia.

O mesmo órgão competente para a formação do cadastro de peritos deverá ser o responsável pela sua manutenção, com a realização de avaliações e reavaliações

32. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 473.

33. Diz que basta que seja profissional técnico – não necessariamente culto e letrado (ex.: perito-mecânico, em uma causa de acidente de veículo) (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 123).

34. Na forma do art. 156 do Código de Processo Penal, os exames de corpo de delito e outras perícias devem ser feitos por perito oficial, portador de diploma de curso superior – sendo que, na sua falta, o juiz poderá nomear duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, e com habilitação técnica para fazer o exame. Há precedente da 2ª Turma do STF mitigando a aplicação dessa regra, no bojo do HC n. 101028-RS (rel. Min. Eros Grau, j. em 28.09.2010). No caso, fora *deferido* o *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União para absolver o paciente condenado pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, sob a alegação de que a nulidade da perícia da arma apreendida, decorrente do fato de que um dos peritos (policiais) nomeados não era ainda diplomado em Direito, acarreta a inexistência de prova da materialidade do crime. O relator, Min. Eros Grau, havia acolhido o argumento da Defensoria Pública, mas o Min. Joaquim Barbosa divergiu de seu voto, no que foi acompanhado pelos demais membros da 2ª T. do STF, registrando o seguinte posicionamento: “(...) a arma estava municiada e houve exame de comprovação de sua eficácia, subscrito por um perito com diploma de curso superior e outro perito, ainda não detentor do diploma, mas com idoneidade e conhecimento técnico para aferir a eficácia da arma utilizada, por ser policial”, concluiu o Min. Joaquim Barbosa.

periódicas (art. 156, §3º). Deverão ser avaliados e reavaliados os peritos cadastrados de acordo com a sua formação profissional, a atualização do seu conhecimento e a sua experiência.

Em que pese o silêncio da lei, isso também decorrerá de procedimento a ser devidamente regulamentado.

A finalidade da regra é estimular o estudo e a atualização dos profissionais cadastrados³⁵.

Uma vez inexistente, no cadastro, o nome de perito com a especialidade necessária, a sua nomeação é de livre escolha pelo juiz. Mas deverá recair sobre pessoa ou ente moralmente idôneo, imparcial, de confiança do juiz e que comprove ser munido do conhecimento necessário à realização da perícia (art. 156, §5º). Independentemente disso, cabe ao mesmo órgão do Tribunal que criou o cadastro auxiliar o magistrado a encontrá-lo, como já acontece no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Não basta o perito integrar o cadastro do tribunal. O perito deve ser pessoa de confiança do juiz. O cadastro de peritos serve para garantir sua habilitação técnica e idoneidade moral e profissional, mas não afasta a prerrogativa de o juiz escolher dentre os cadastrados aqueles peritos que são de sua confiança e que supõe farão um bom trabalho, para que integrem a lista do seu juízo (art. 157, §2º).

Dentre os peritos inscritos no cadastro do tribunal, o juízo deverá escolher aqueles de sua confiança, para que integrem uma lista a ser utilizada nas perícias a serem por ele designadas.

A lista deve ser de acesso público. Ficarão disponíveis, para consulta de interessados, os documentos exigidos para habilitação dos peritos listados (art. 157, *caput* e §2º), para que possam verificar sua imparcialidade e qualificação técnica para atuar no caso.

Deve ser feita uma distribuição equitativa das perícias dentre os peritos que integram a lista do juízo. Devem-se atribuir as perícias alternada e igualmente entre os peritos, seguindo a ordem da lista adotada. Afinal, todos os peritos são habilitados para receberem perícias. Essa é regra inexistente no CPC-1973 e representa um passo a mais do CPC-2015 rumo à garantia de um “perito natural”, que, além de ser imparcial (não podendo se enquadrar nas hipóteses de suspeição e impedimento), não pode ser objeto de escolhas pessoais ou direcionadas do juiz.

O perito deve ser nomeado de forma aleatória e impessoal, a partir de critérios objetivos previamente estabelecidos em ato normativo. Com

35. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

isso, evitam-se, inclusive, práticas ilícitas e que ferem a probidade e moralidade exigidas no exercício da atividade pública, como o juiz indicar sempre o mesmo perito para obter vantagem financeira (uma comissão) por isso.

Por fim, quando o juiz nomeia uma pessoa jurídica ou órgão para o desempenho do múnus, pressupõe-se que confia em todos os integrantes do seu quadro, bem como no critério de escolha do profissional a atuar a ser utilizado pelos seus dirigentes³⁶.

Entretanto não se admite que o juiz nomeie como perito parente (consanguíneo ou afim), cônjuge ou amigo íntimo, pois isso compromete a imagem e credibilidade do Judiciário, além de violar seus deveres de conferir tratamento igualitário às partes e evitar e combater atos que atentem contra a dignidade da justiça, na forma do art. 139, I e III, CPC, e a própria moralidade administrativa. Trata-se de ato de nepotismo ou compadrio que atenta contra fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito e que devem ser respeitados em qualquer esfera estatal, sobretudo na jurisdicional³⁷.

O perito deve ser imparcial, não se enquadrando nas hipóteses de impedimento ou suspeição, previstas nos arts. 144, 145, 148 e 467, CPC. É exatamente para viabilizar a verificação de eventual impedimento ou suspeição do perito, que o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia deverá informar ao juiz os nomes e dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade (art. 156, §4º, CPC).

Uma observação.

Se a perícia versar sobre autenticidade ou falsidade de documento ou sobre medicina legal (for de natureza médico-legal), o perito deve ser *preferencialmente* escolhido dentre os *experts* vinculados a estabelecimentos oficiais especializados – *in casu*, o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico Legal (art. 478, CPC). Perceba-se que não há, aqui, uma imposição, mas, sim, uma recomendação dirigida ao juiz.

Nada impede que assistentes técnicos advenham do mesmo estabelecimento³⁸.

O juiz autorizará, diz a lei, o envio dos autos e de todo o material a ser examinado ao diretor do estabelecimento.

Também nesse caso, o juiz fixará prazo para entrega do laudo, bem como cumprirá todas as etapas previstas para a diligência pericial (art. 477, CPC). Quando a parte requerente (ou interessada) da perícia for beneficiária da justiça gratuita, terá direito de preferência na

36. STJ, 4.ª T., AgRg n. 38.839/SP, rel. Min. Sálvio Figueiredo, j. em 7.2.1995, publicado no DPJ de 20.3.1995.

37. STJ, 2.ª T., RMS n. 15316, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 01.09.2009, publicado no DPJ de 30.09.2009.

38. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 344.

realização da sua prova pericial, dentro do prazo fixado pelo juiz (art. 478, §1º). O perito oficial nomeado pode até pedir a prorrogação do prazo, mediante justo motivo (art. 478, §2º). Mas também aqui o juiz só poderá prorrogá-lo uma única vez pela metade do prazo anterior (art. 476).

Caso o exame verse sobre autenticidade de letra ou firma, o perito pode requisitar documentos existentes em repartições públicas (art. 478, §3º). Na falta destes, pode solicitar ao juiz que ordene que a pessoa a quem se quer atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação. Neste particular, encontra-se regra interessante no Código de Processo Civil Português, art. 584º, n. 2: “2. Quando o interessado residir fora da área do círculo judicial e a deslocação representar sacrifício desproporcionado, expedir-se-á carta precatória, acompanhada de um papel lacrado, contendo a indicação das palavras que o notificado há de escrever na presença do juiz deprecado”. Nada impede que aproveite amostra da letra ou firma de documento constante nos próprios autos.

4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa

A perícia complexa é aquela que abrange mais de um conhecimento especializado (art. 475, CPC). É aquela cuja análise da coisa ou pessoa dependa de conhecimentos pertencentes a áreas diversas.

Há, de fato, perícias que requerem essa multidisciplinaridade. Causas que envolvam questões do mercado financeiro, por exemplo, ensejam, no mais das vezes, a manipulação de conhecimentos de economia, administração, contabilidade e finanças. Ou causas para cumprimento específico da obrigação de finalização de obras por uma construtora, em que se faz necessária perícia de engenharia, para avaliar o estado físico de obra, e a de um contador, para analisar suas contas.

No caso de perícia complexa, o juiz poderá nomear *mais de um perito* e a parte indicar *mais de um assistente técnico* (art. 475, CPC; o art. 159, § 7º, do CPP).

Não se trata, por fim, de uma segunda perícia, mas de perícia única, elaborada por mais de um perito.

4.4. Escusa e recusa do perito

O perito pode *escusar-se* a atuar na causa, alegando motivos justos e legítimos, dentre eles seu impedimento ou suspeição (art. 148, II, 157 e 467, CPC).

Na forma do art. 157, §1º, CPC, a escusa deverá ser apresentada no prazo de quinze dias, contados da intimação do despacho de sua nomeação ou da causa do impedimento/suspeição superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito de alegá-la.

Aqui, cabem duas ressalvas.

A *primeira* é que o prazo para escusa dever ser contado não só da causa do impedimento ou suspeição superveniente, como, também de qualquer “motivo” superveniente que se revele justo. Basta pensar naquela situação em que o perito passa a trabalhar em regime de dedicação exclusiva e não pode mais atuar na causa em que nomeado³⁹.

A *segunda* é em torno do decurso do prazo para escusa. Quando decorre *in albis* o prazo para escusa por impedimento, essa renúncia tácita ao direito de alegá-la deve ser ponderada com cautela pelo juiz. O impedimento é caso de presunção absoluta de parcialidade do perito. Uma perícia conduzida por perito impedido pode ter seu resultado gravemente comprometido. Pode, ainda, expor o perito a acusações de parcialidade e outros tipos de ofensas, quando tenha havido simples perda de prazo⁴⁰.

Restam, assim, para o juiz, duas opções: ou não admite que o perito impedido atue nos autos, aceitando, inclusive, escusa tardia; ou determina a realização de uma segunda perícia, considerando com parcimônia o resultado da primeira ao prolatar sua decisão. Sentença dada com fundamento em perícia realizada por perito impedido é defeituosa e pode vir a ser invalidada.

O “motivo legítimo” é conceito indeterminado cujo preenchimento será verificado pelo juiz à luz do caso concreto. Constituem motivos legítimos, por exemplo: *i*) aqueles de força maior; *ii*) inabilitação do perito para tratar da matéria (art. 468, I); *iii*) incidência da perícia sobre fato sobre o qual, por seu estado ou profissão, deva preservar o sigilo; *iv*) estar assoberbado com outras perícias, no mesmo período etc.⁴¹

A regra é que o perito sempre seja dispensado quando apresentar escusa, visto que: *i*) de um lado, existem outros *experts* da área disponíveis e que terão interesse em assumir o encargo; *ii*) de outro, a oposição do perito já faz presumir que obrigá-lo a cumprir o *munus* resultará em um laudo pericial de baixa qualidade e de idoneidade questionável.

39. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 463.

40. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 463.

41. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1989, p. 323.

Se o juiz entender que o motivo apresentado não é legítimo, pode impor que o perito realize a prova, sob pena de cominação da sanção do art. 77, IV e § 2º, CPC.⁴²

O perito pode, ainda, *ser recusado* por impedimento ou suspeição (art. 148, II, c/c art. 467, ambos do CPC) ou por ser inabilitado para atuar na causa (art. 158, CPC). Aplicam-se ao perito, as mesmas causas de impedimento ou suspeição previstas para o juiz (art. 148, II, CPC).

A recusa do perito por suspeição ou impedimento deve dar-se na forma do art. 148, §§1º a 3º, CPC. Se o perito não reconhecer seu impedimento ou suspeição, a parte interessada poderá argui-lo, segundo art. 148, §1º, no primeiro momento que lhe cabe falar nos autos, por meio de petição devidamente fundamentada e instruída com os documentos necessários.

Mas, por analogia ao art. 146, CPC, o prazo para arguir a parcialidade do perito deve ser de quinze dias a contar da data em que se tem conhecimento do fato gerador do vício, nem sempre conhecido na primeira oportunidade que se tem para falar nos autos (ex.: superveniente relação de emprego do perito-médico com a instituição de ensino que é parte; cf. art. 144, VII, CPC). Parte-se de uma interpretação conjugada do art. 146, CPC c/c art. 148, §1º, CPC.

Independentemente disso, poderá o juiz, ainda, suscitar de ofício a parcialidade do perito.

O juiz deverá instaurar um incidente processual, que não suspende o processo, a ser processado em autos apartados. Ouvirá o perito em um prazo de quinze dias, abrirá a oportunidade para a produção de provas e, ato-contínuo, julgará o incidente (art. 148, §2º, CPC).

Acolhida a exceção, o juiz deverá afastar o perito suspeito ou impedido e condená-lo ao pagamento das custas processuais do incidente - em caso de impedimento ou manifesta suspeição, cf. art. 146, §5.º, CPC, por analogia. E, caso o perito tenha prestado informações inverídicas, com dolo ou culpa, o juiz deverá imputar-lhe a sanção de inabilitação e uma indenização por prejuízos causados, ambas previstas no art. 158, CPC. Além disso, deve nomear outro perito de sua confiança.

42. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 583. Mas Moacyr Amaral Santos informa que, sobre a possibilidade de recusa *independente de justo motivo*, existem duas correntes doutrinárias: i) aquela que admite amplamente a negativa do perito de atuar na causa, independentemente de motivação, detendo a pessoa nomeada ampla liberdade para recusar o *mínus*; ii) aquel'outra que entende que o dever de prestar o serviço é de direito público, não detendo o especialista a liberdade de aceitar ou não o encargo, trata-se de dever político-social do indivíduo por a serviço da justiça seus conhecimentos - corrente seguida pelo CPC/39 (art. 146 c/c 339). Por fim, registra o autor sua opinião: "Encarada a função pericial como um dever cívico, não se lhe poderá opor, para desviar-se do seu cumprimento, o interesse privado do perito" (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 322). Com visão semelhante, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 212.

4.5. Substituição do perito

A princípio, é possível a *substituição do perito* em duas situações (art. 468, CPC): *i*) quando não possuir conhecimentos técnicos ou científicos suficientes para trazer os esclarecimentos necessários; *ii*) quando, sem justo motivo, não apresentar o laudo no prazo fixado pelo juiz. A não entrega do laudo no prazo fixado consiste em falta grave, que deve ser comunicada à corporação profissional competente, podendo ser punida com a cominação de multa arbitrada de acordo com o valor da causa e com os prejuízos oriundos do atraso processual (art. 468, §1º).

Com uma visão ampliativa do enunciado normativo, Marinoni e Arenhart sustentam que: “Isso não quer dizer que, diante da ocorrência de outros motivos relevantes, não possa juiz, mesmo sem requerimento, substituir o perito. É lógico que, ocorrendo algum outro motivo grave ou relevante, isto é, motivo que possa comprometer o resultado da prova pericial, o juiz pode substituir o perito”⁴³.

Também é substituído o perito cuja escusa é aceita, ou o perito que é recusado – por impedimento, suspeição, inabilitação ou outro motivo legítimo e relevante (art. 467, 157 e 158, CPC). Admite-se, ainda, que o juiz substitua o perito de ofício em caso de quebra de confiança, tendo em vista ser precário o vínculo do perito com o poder público (auxiliar eventual que é)⁴⁴.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, deve-se permitir que o perito escolhido consensualmente (art. 471) seja substituído consensualmente, ainda mais quando haja quebra de confiança das partes.

Se o perito é substituído, deixando a diligência inacabada ou não realizada, os honorários por ele recebidos deverão ser proporcionalmente restituídos, no prazo de quinze dias, até porque será necessária a remuneração de outro profissional, órgão ou empresa, para complementar ou cumprir a tarefa. Se nada fez, deverá restituir todo o valor recebido. Mas se parte da diligência probatória foi cumprida, deverá restituir parte do valor recebido proporcional ao serviço não realizado.

Se o perito não devolver o valor cabível no prazo de lei, incorrerá em ilícito processual cuja sanção será o seu impedimento para atuar como perito judicial pelo prazo de cinco anos. Imprescindível observar que esse não é exatamente um caso de “impedimento” do perito para atuar em perícia. O impedimento só se configura quando o perito tem algum interesse subjetivo no objeto daquela causa em especial que determine uma presunção absoluta de parcialidade (nas hipóteses do art. 144,

43. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 585.

44. STJ, 4.ª T., RMS n. 12963, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 21.10.04, publicado no DPJ de 6.12.04; STJ, 2.ª T., RMS n. 22514, Rel. rel. Min. Humberto Martins, j. em 6.2.07, publicado no DPJ de 18.11.08.

CPC). Não é esse o caso. Trata-se de mais uma situação em que o perito é punido, por uma atitude desonesta e desleal, com sua “inabilitação” e, não, “impedimento”, para atuar em outras perícias pelo período de cinco anos – tal como na hipótese do art. 158, CPC. Não há previsão semelhante no regime processual anterior.

Se o perito não devolver espontaneamente o valor cabível no prazo de lei, como previsto no art. 468, §2º, também ficará configurado seu inadimplemento, pressuposto necessário para que a parte credora (aquela que tiver adiantado os honorários) promova contra ele execução. O título executivo será a decisão que condenar o perito na restituição desses valores. A execução será processada pelo rito do cumprimento de sentença, disciplinado no art. 520 segs., CPC.

4.6. Assistente técnico e suas funções

O *assistente técnico* é um auxiliar da parte, estando excluído do rol de sujeitos submetidos às hipóteses de impedimento e suspeição.

Cabe a ele registrar seu juízo técnico ou científico no chamado parecer técnico, quando pode manifestar: *i*) concordância com o laudo pericial, ratificando-o e subscrevendo-o; ou *ii*) discordância, quando deverá elaborar outro com críticas, raciocínios e conclusões diversas.

Se o juiz, sob o argumento de que a perícia é complexa, nomear mais de um perito, as partes terão o direito de indicar mais de um assistente técnico (art. 475).

4.7. Quadro comparativo

Veja-se, enfim, um quadro comparativo das duas principais figuras envolvidas na perícia:

	Perito Judicial	Assistente técnico
Função	Auxiliar da Justiça	Auxiliar das partes
Indicação	Nomeado pelo juiz, respeitando exigências legais, ou escolhido consensualmente.	Livre indicação das partes.
Parcialidade	Deve ser imparcial. Submete-se à alegação de suspeição e impedimento salvo se escolhido consensualmente.	É parcial. Não se submete à alegação de suspeição e impedimento.
Participação	Obrigatória	Opcional, a critério das partes
Atividade	Emitir juízos técnicos e científicos sobre questão <i>sub examine</i> .	Fiscalizar trabalho do perito e emitir sua opinião para criticar ou apoiar o laudo pericial
Instrumento	Laudo pericial	Parecer técnico

5. ADMISSIBILIDADE

A prova pericial é adequada quando a demonstração dos fatos depender de exames técnicos e científicos, que exijam conhecimento que esteja fora do alcance do homem-comum, do homem-médio (art. 156 c/c art. 375, ambos do CPC).

A perícia é prova onerosa, complexa e demorada. Por isso, só deve ser admitida quando imprescindível para a elucidação dos fatos. Toda vez que se puder verificar a verdade dos fatos de forma mais simples e menos custosa, a perícia deve ser dispensada.

É o que regulamenta o art. 464, §1.º, c/c art. 472, CPC, ao prever que o juiz não deve admitir a perícia, mediante decisão devidamente fundamentada, quando for desnecessária ou impraticável (inviável).

Mas esse elenco de hipóteses de inadmissibilidade da perícia não é exaustivo. Pode o magistrado indeferir a perícia com base em outros critérios: perícia não tem o condão de elucidar o fato sobre o qual vai incidir, sendo, pois, desnecessária, por exemplo⁴⁵.

Será *desnecessária* quando o esclarecimento dos fatos não depender de conhecimento especial ou já tiver sido obtido por outro meio de prova (art. 464, §1º, incisos I e II).

Nesse contexto, Moacyr Amaral Santos faz uma ressalva. Há casos em que a prova do fato não depende obrigatoriamente de perícia, mas ela é aconselhável; o fato pode ser provado por essa via que se revela útil. Assim, a “desnecessidade” não conduzirá à dispensa da perícia se ela for considerada útil pelo julgador⁴⁶.

Há outra hipótese. De acordo com o art. 472, CPC, o juiz poderá dispensar a perícia, por sua desnecessidade, quando autor e réu – na petição inicial e na contestação, respectivamente – já tiverem trazido pareceres técnicos⁴⁷ ou documentos suficientes para a verificação dos fatos. Essa dispensa deve ser cuidadosa e ponderada, pois é natural supor que os pareceres elaborados a pedido das partes tendem a ter a sua imparcialidade comprometida.

É o que pode ocorrer, por exemplo, em ação revisional de aluguel, em que o juiz pode contentar-se com pareceres técnicos e pesquisas de mercado

45. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 572 e 573.

46. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 4, 1989, p. 314.

47. “(...) o parecer técnico deve servir somente para as questões que podem ser devidamente explicadas por um especialista merecedor de credibilidade. Se o parecer for impugnado de forma fundamentada, e assim colocado em dúvida razoável, o juiz não pode dispensar a prova pericial, pois tem o dever de julgar com base em um laudo técnico idôneo e esclarecedor”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 590.)

trazidos pelas partes e dispensar a perícia de avaliação do imóvel (art. 68, Lei n. 8.245/1991)⁴⁸.

A princípio, parece ser mais um caso em que a prova pericial é desnecessária. Entendemos, contudo, que a disposição do art. 472, CPC, é prescindível, visto que a hipótese ali prevista está abrangida pelo art. 464, §1º, II – trata-se de caso em que a elucidação do fato já foi obtida por outro meio de prova (documental)⁴⁹.

Será *impraticável* a perícia quando não for viável (concretizável) em termos científicos. É o que se dá, por exemplo, quando a fonte de prova não mais existir – vestígios e sinais desapareceram⁵⁰ – ou se revele física ou juridicamente inacessível⁵¹, ou quando a verificação probatória exigir recursos não disponíveis na ciência (art. 464, §1º, III)⁵² etc.

Imagine-se o caso de uma ação de reparação de dano material verificado em imóvel, em que a perícia se tornou irrealizável, porquanto o lesado já tenha executado as reparações necessárias. “Nessas hipóteses, tem-se admitido a juntada de orçamentos fornecidos por empresas idôneas, desde que perfeitamente discriminados os materiais (ou peças) e mão-de-obra empregada”⁵³.

No entanto, se no caso concreto o juiz tiver dúvidas sobre a possibilidade de concretização da prova pericial, evidentemente, deverá determinar sua realização – nem que seja para se constatar que, de fato, é impraticável⁵⁴.

Finalmente, não é correto afirmar que não se admite prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. O art. 35 da Lei n. 9.099/1995 prescreve que “quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico”. O procedimento da perícia é, sem dúvida, mais simples, consistindo na inquirição direta do profissional, mas isso não significa que não se admite a perícia.

6. PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

A prova pericial poderá ser determinada pelo juiz de ofício (art. 370 CPC) ou mediante requerimento das partes.

48. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 122.

49. Nesse sentido, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 4, p. 219.

50. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 316; LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 122.

51. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 206.

52. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., v. 3, p. 586 e 588.

53. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 122.

54. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., v. 5, t. 2, p. 572; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 206.

Um *requerimento* genérico de prova pericial poderá ser formulado pelas partes na fase postulatória, usualmente na petição inicial ou na contestação (art. 319, VI, e 336, CPC). Mas deve ser ratificado no momento da especificação das provas, já na fase de saneamento.

É na *decisão saneadora e de organização do processo* (art. 357, CPC), que o juiz define as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e, sendo requerida a perícia, fará um juízo de admissibilidade da prova pericial, para definir se será ou não cabível. Determinada a perícia, na forma do art. 357, §8º, CPC, o juiz já deverá, no mesmo ato, organizá-la (com nomeação do perito, instauração do incidente para fixação dos seus honorários, intimação das partes para apresentar quesitos e indicar assistente técnico etc.), inclusive estipulando um calendário para sua realização.

Agora, a postulação e admissão da perícia poderão ocorrer em momento posterior. Diante da superveniência de fato novo ou de algum incidente processual (v.g., arguição de falsidade documental, art. 432, CPC), poderá ser formulado esse requerimento em outra oportunidade, quando a decisão que o defira deverá, nos mesmos termos, organizar a produção da prova e estabelecer seu respectivo cronograma.

É necessário que se considere também a possibilidade de postulação e/ou admissão antecipada da perícia (inclusive em ação probatória autônoma). Isso se admite mais especificamente nas hipóteses do art. 381, CPC, i.e., quando: *i*) há um fundado temor de que se torne inviável ou demasiadamente difícil a demonstração dos fatos em momento posterior; ou *ii*) a antecipação da prova puder viabilizar a conciliação ou outro modo alternativo de solução do conflito, senão simplesmente evitar ou justificar o ajuizamento de ação judicial para discuti-lo. Apresentada essa postulação antecipada, a decisão do juiz que a acolha (ou simplesmente antecipe a prova de ofício) deverá, igualmente, organizar a produção da prova na forma do art. 465, CPC, e prefixar um calendário para sua realização (art. 357, §8º, CPC).

Deferida a produção de prova pericial, o juiz deve *nomear um expert* de sua confiança, fixando um prazo para a entrega do laudo pericial (art. 465, CPC), que deve findar até o *vigésimo* dia anterior à data da audiência de instrução e julgamento (art. 477, CPC).

Note que se trata de prazo regressivo, começando a fluir no primeiro dia útil anterior ao da data da audiência e sempre terminando em dia igualmente útil⁵⁵. “A contagem regressiva obedece aos mesmos critérios determinados para a contagem progressiva, com a peculiaridade, que a singulariza, de ser feita em marcha-a-ré e não à frente”⁵⁶.

55. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 538. Sobre o tema, amplamente, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 77-81.

56. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 78.

As partes devem ser intimadas da decisão de nomeação do perito para que, no prazo de quinze dias, indiquem seus *assistentes técnicos*, formularem *quesitos* (perguntas) e, se for o caso, *arguam a suspeição ou impedimento* do perito (art. 467, CPC). As perguntas devem ser pertinentes e relevantes, relacionando-se com a causa e com as questões a serem provadas, sob pena de indeferimento (art. 470, I, CPC). Os quesitos serão respondidos pelo perito (art. 473, IV, CPC). Também cabe ao juiz formular seus próprios quesitos para o perito - aqueles que entender necessários para a elucidação dos fatos (art. 470, II, CPC). Nada impede que se formularem perguntas aos assistentes técnicos relacionadas aos seus respectivos laudos.

Neste sentido, é a regra do §3º do art. 159 do CPP: “Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”.

Também a propósito do tema é o inciso II do § 5º do mesmo art. 159 do CPP: “§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II - indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência”.

Esse prazo não é preclusivo, segundo entendimento que tem prevalecido na jurisprudência do STJ⁵⁷. Assim, as partes podem indicar seus assistentes técnicos e formular questionário até o momento do início da realização da perícia⁵⁸.

Além disso, o perito deve ser regularmente cientificado de sua nomeação.

Na forma do art. 465, §2.º, II e III, CPC, o perito, uma vez intimado, terá o prazo de cinco dias para apresentar seu currículo (que comprove sua especialização) e seus contatos profissionais - como telefones, endereço profissional e o seu endereço eletrônico. Essa regra só se aplica ao perito escolhido consensualmente (art. 471, CPC) e que não estava dentre os cadastrados no Tribunal (art. 156, §5.º). Quando se tratar de perito cadastrado no Tribunal e integrante da lista de peritos formulada e conservada pelo juízo (art. 157, §2.º), já estarão disponíveis, para consulta de interessados, os documentos exigidos para habilitação dos peritos listados. Dentre eles, certamente já constarão os

57. STJ, 1ª T., REsp n. 639.257/MT, Relator Min. Luiz Fux, j. em 13.12.2005, acórdão publicado no DJ de 13.02.2006, p. 667; STJ, 4ª T., REsp n. 655.363/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 04.12.2008, publicado no DJe de 02.02.2009; STJ, 4ª T., REsp n. 796.960/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 15.04.2010, publicado no DJe de 26.04.2010.

58. Com este entendimento, SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 287. Marinoni e Arenhart, com opinião distinta, entendem que o prazo é preclusivo, mas a parte que não indicou assistente técnico ou não formulou quesitos não perde o direito de participar ativamente da formação da prova pericial, inclusive, apresentando seus quesitos no curso do procedimento (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 577 e 578).

dados necessários para que seja o perito contatado e os documentos exigidos para que fique comprovada sua especialização.

No curso da perícia, as partes – e também o juiz⁵⁹, sugere-se – podem formular os chamados *quesitos suplementares*, para que o perito possa mais bem esclarecer os fatos (art. 469, CPC). Tais quesitos devem referir-se ao objeto primitivo da perícia.

Nesse contexto, emerge uma questão: a parte que não formulou inicialmente quesitos pode, posteriormente, formular quesitos suplementares? A resposta é afirmativa, desde que sejam oportunos, i.e., sejam quesitos que não poderiam ser imaginados e formulados inicialmente. Isso porque a parte, ainda que inerte na fase inicial, tem o direito de participar das fases posteriores de formação da prova⁶⁰.

Mas os quesitos devem ser apresentados durante a diligência, antes da finalização da perícia, devendo a parte adversária ter ciência dessa quesitação (art. 466, parágrafo único).

Nos exatos termos do art. 469, os quesitos “poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento”. Como essa quesitação suplementar é oferecida durante a realização da prova pericial, a melhor interpretação deve ser no sentido de que: *i*) se os quesitos foram depositados em juízo *antes* da apresentação do laudo pericial, devem ser no bojo dele respondidos; *ii*) se os quesitos só forem formulados *após* a apresentação do laudo pericial, o juiz poderá determinar que o perito os responda em um instrumento (algo como um laudo complementar) ou em mesa de audiência (de instrução e julgamento).

Na forma do art. 473, §3º, para a realização da perícia, perito e assistente técnico devem lançar mão de todos os *meios de coleta de elementos e dados necessários* para o desenvolvimento de seu raciocínio – como ouvir testemunhas, solicitar documentos em poder de outrem (parte, terceiro ou poder público), obter informações.

A oitiva de *testemunha* pelo perito em muito difere da prova testemunhal, pois não se dá perante o juízo. Não é por outra razão que o perito deve comunicar às partes e seus assistentes o dia, hora e local em que ouvirá as testemunhas, bem como a qualificação delas, para o caso de uma das partes pretender ouvi-las, formalmente, em mesa de audiência. Inclusive, se as testemunhas se negarem a prestar informações para o perito ou assistente, podem eles requerer sua intimação para que sejam ouvidas em juízo⁶¹.

59. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 586.

60. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 586.

61. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 333; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 221.

Pelos mesmos motivos – transparência e contraditório –, o especialista deve registrar como, onde e de que forma obteve as *informações e documentos* utilizados para elaboração do laudo⁶².

Todos os documentos e dados levantados para fundamentar e explicitar suas conclusões em torno do objeto da perícia devem acompanhar o laudo pericial, tais como plantas, fotografias, desenhos, planilhas, mapas etc. (art. 473, §3º, CPC).

E mais.

O art. 474, CPC, estatui a necessidade de que as *partes* sejam comunicadas do dia e lugar em que será realizada a perícia.

O art. 466, §2º, complementa a regra, ao dispor que também serão cientificados os *assistentes* das partes com, pelo menos, cinco dias de antecedência da data da diligência. O objetivo é conferir-lhes a oportunidade de participar da produção da prova, fiscalizando providências e diligências realizadas pelo perito.

O assistente deve presenciar os trabalhos do perito, examinando as mesmas fontes por ele examinadas, para que emita ‘parecer’ sobre o seu laudo. É pressuposto necessário para que a perícia se realize em contraditório.

Assim, cabe ao próprio perito cientificar as partes e seus assistentes do dia de início das diligências, determinado pelo juiz ou designado pelo próprio perito (art. 474, CPC). Como já sugeria Salomão Viana na vigência do CPC-1973, o próprio perito providenciará a comunicação das partes e seus assistentes, por qualquer meio idôneo. O que importa é que essa cientificação seja devidamente comprovada nos autos (art. 466, §2º).

O art. 473, CPC, inova ao detalhar o conteúdo do laudo pericial. Exige-se, a princípio, que o perito explicito o objeto da perícia, definindo quais são os pontos de fato controvertidos que dependem de seu conhecimento especializado para serem evidenciados (ex.: existência de doença profissional e grau de incapacidade).

O perito deve prosseguir expondo sua avaliação técnica ou científica dos fatos, à luz das fontes de prova (pessoa e/ou coisa). Demais disso, não pode furta-se de especificar o método empregado, explicando e demonstrando como funciona e sua aceitação dentre os *experts* daquele campo do saber. O perito deve trazer ao processo dados e elementos necessários para a aferição da confiabilidade deste método, tais como: receptividade e acolhimento acadêmico, a realização de testes em torno dele, estatísticas ou percentuais de erro e acerto⁶³.

62. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. 5, t. 2, cit., p. 593.

63. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 153, 154 e 156.

Importante estabelecer este dever do perito de indicar e esclarecer o método utilizado, pois com isso se permite a avaliação mais apurada da qualidade da perícia realizada.

Por fim, impõe-se expressamente que o perito traga respostas precisas e concludentes para os quesitos apresentados pelas partes, pelo juiz e pelo órgão do Ministério Público. Essa exigência se estende, naturalmente, aos quesitos suplementares (art. 469) e à prestação de esclarecimentos em mesa de audiência (art. 477, §3º).

O laudo pericial traz abordagem técnica ou científica muito especializada, que foge, portanto, ao conhecimento dos juízes, dos advogados, das partes e dos auxiliares da justiça. É preciso, assim, também em nome do contraditório e da cooperação, que se imponha o uso de linguagem simples e de fácil compreensão. Acolheu-se, com isso, sugestão de redação de dispositivo proposta por Diogo Assumpção Rezende de Almeida⁶⁴.

O laudo pericial deve ser claro e concludente. Em todo o seu conteúdo, deve apresentar coerência lógica e linguagem escorreita e acessível, não podendo conter obscuridades ou contradições. Além disso, da sua fundamentação deve decorrer logicamente sua conclusão, expondo-se claramente como se chegou àquele juízo.

Assim como o juiz deve ficar adstrito ao objeto da demanda e da defesa (art. 2º, 141 e 492, CPC), o perito deve ficar adstrito ao objeto da perícia. Seria uma espécie de exigência de congruência para o perito. Por exemplo, se é designado para analisar as causas do desabamento de um edifício, não pode ultrapassar os limites do objeto da perícia para manifestar seu juízo sobre a extensão dos danos sofridos pelas vítimas. Além disso, sua função é emitir suas impressões técnicas e científicas sobre os fatos em discussão, baseados em sua especialidade profissional. Não lhe cabe exprimir opiniões pessoais sobre questões jurídicas, interpretando ou citando lei, jurisprudência ou doutrina.

O laudo pericial deve ser apresentado no *prazo* fixado pelo juiz, sob pena de incorrer o perito em falta grave, cujas consequências já foram vistas (art. 468, II, §1º). O perito poderá, contudo, solicitar uma *prorrogação do prazo*, sob o argumento da superveniência de algum motivo legítimo. Sua solicitação deve ser, pois, justificada e poderá ser acolhida pelo juiz, por uma única vez, prorrogando-se o prazo pela metade daquele originalmente fixado (art. 476, CPC). O motivo legítimo para prorrogação do prazo para entrega do laudo deve ser uma razão relevante para impedir o cumprimento tempestivo do encargo (ex.: enfermidade).

De acordo com o art. 477, CPC, o termo final do prazo concedido pelo juiz para depósito do laudo deverá consumir-se, na pior das

64. *A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 173.

hipóteses, *vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento*. Esse prazo mínimo de vinte dias antes da audiência deve, contudo, ser *prudently revisto e flexibilizado* pelo magistrado. Isso porque, entre a data da entrega do laudo e a data da realização da audiência, deve haver tempo hábil para que:

i) as partes e seus assistentes possam manifestar-se sobre o laudo (quinze dias);

ii) o perito possa esclarecer divergências ou dúvidas das partes, do juiz, do órgão do Ministério Público ou do assistente técnico sobre seu laudo (mais quinze dias, cf. art. 477, §2º);

iii) em havendo, ainda assim, necessidade de prestação de esclarecimentos complementares em mesa de audiência, possa a parte depositar seus quesitos complementares e o *expert* (perito ou assistente técnico) ser intimado com no mínimo dez dias de antecedência da audiência (cf. art. 477, §§3º e 4º).

Dessa forma, o juiz deve preservar um lapso temporal de *pelo menos quarenta dias antes da audiência* para garantir que todas essas providências possam ser devidamente tomadas, sem a necessidade de adiá-la (a audiência). Se considerar o tempo necessário para as intimações dos envolvidos em cada ato, deverá garantir um período ainda maior.

Apresentado o laudo, as partes serão intimadas e terão o prazo comum de quinze dias para se manifestar. A possibilidade de as partes efetivamente se manifestarem sobre o laudo, por meio de seus advogados, é garantida não só pelo fato de estarem acompanhadas de seu assistente técnico (que elaborarão parecer técnico, art. 477, §1º), como também pelo fato de o legislador do CPC-2015 ter exigido expressamente em lei que o perito preserve a simplicidade, clareza e acessibilidade do conteúdo e da linguagem do laudo (art. 473, CPC).

Se houver *litisconsortes* (atuantes e não revéis, art. 229, §1º), com advogados de escritórios de advocacia distintos, litigando em processo que não corra em autos eletrônicos, o prazo deve ser dobrado. Aplica-se o art. 229, CPC. Isso porque o art. 229 prevê dobra do prazo de litisconsortes para “todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento”. Assim, não sendo o processo em autos eletrônicos, os litisconsortes com advogados de bancas de advocacia diferentes terão dificuldades de acesso simultâneo aos autos de papel, o que pode determinar a necessidade de um tempo maior para sua manifestação.

Intimadas as partes, correrá, também, o prazo comum de quinze dias para que seus respectivos assistentes técnicos elaborem e apresentem pareceres técnicos.

Para os litisconsortes com assistentes técnicos distintos, em feito documentado em autos não eletrônicos, também deve ser assegurado, por analogia, o prazo

duplicado para manifestação (art. 229, CPC). Mas, por outras razões, esse prazo para manifestação dos assistentes técnicos (simples ou duplicado) nem sempre bastará. Quando o objeto da perícia for mais complexo (ex.: análise contábil de levantamentos e demonstrativos numerosos e antigos), será necessário mais tempo para uma inspeção e uma avaliação apurada do assistente técnico⁶⁵.

Não há necessidade de alteração legislativa. O magistrado pode, diante das particularidades do caso concreto, e desde que respeitando o contraditório, adaptar a regra procedimental em homenagem ao princípio da adequação, conteúdo do direito fundamental ao devido processo legal. Nada impede que as próprias partes selem negócio atípico nesse sentido, de ampliação desse prazo para seus assistentes (art. 190, CPC). Pesa ainda mais um prazo insuficiente para o assistente técnico, com o reconhecimento jurisprudencial de que é preclusivo, não se admitindo parecer técnico extemporâneo, que deve ser desentranhado⁶⁶.

As partes, ao se manifestarem sobre o laudo, podem expor dúvida ou discordância sobre alguma das colocações ali contidas. O mesmo pode ser observado no parecer técnico de seus assistentes. Nada impede que o próprio juiz ou o membro do Ministério Público, ao terem vista desse instrumento pericial, fiquem em estado de hesitação ou incerteza em torno de alguma análise ou conclusão, até mesmo divergindo dos seus termos. Nesses casos, diz a lei, ao perito será dado o prazo de quinze dias para que elucide o que restou de discrepante ou duvidoso no resultado de sua atuação (art. 477, §2º, CPC).

Trata-se de dever a ele imposto que, se descumprido, deve implicar cominação da sanção do art. 77, IV e § 2º, CPC. Em que pese o silêncio da lei, nada impede que os assistentes técnicos também sejam intimados para falar de dúvidas ou divergências que surjam em torno de seu parecer, mas não se verão, neste caso, diante da necessidade de cumprimento de um dever legal, mas, sim, de um ônus, cuja não observância só poderá prejudicar a parte que o contratou, com a diminuição do poder de convencimento de sua impressão técnica.

Mesmo depois da elucidação de dúvidas e divergências em torno do laudo (art. 477, §2º), pode subsistir a necessidade de esclarecimentos complementares. As partes podem não estar, ainda, satisfeitas com o resultado registrado no laudo pericial ou no parecer do assistente técnico. Restando dúvidas ou questionamentos,

65. Assim, João Batista Lopes propõe, *de lege ferenda* que “seja facultado ao juiz dilatá-lo, quando o caso exigir” (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 123).

66. STJ, 1.ª T., REsp n. 918121, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2008, publicado no DPJ de 17.12.2008; STJ, 3.ª T., REsp 792.741, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 09.10.2007, publicado no DPJ de 25.10.2007; STJ, 4.ª T., EDcl no REsp 800.180, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 15.08.2006, publicado no DPJ de 11.09.2006; STJ, 4.ª T., REsp n. 58211, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.08.1997, publicado no DPJ de 29.09.1997; STJ, 3.ª T., Agrg no REsp n. 1155403, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 19.02.2013, publicado no DPJ de 28.02.2013.

podem elas solicitar ao juiz que intimem o perito e assistentes para que prestem *esclarecimentos*, pessoalmente, no curso da audiência de instrução e julgamento (art. 477, §3º, CPC).

As perguntas que as partes pretendem ver respondidas – os quesitos complementares – devem ser formuladas desde então. Também estão legitimados a fazê-lo o juiz, o Ministério Público ou assistente simples⁶⁷, que também é parte.

Esse requerimento de prestação de *esclarecimentos* deve ser formulado por escrito. Na mesma oportunidade, a parte já deve trazer suas indagações (novos quesitos) também sob a forma escrita. Tais perguntas devem estar relacionadas com o questionário inicialmente apresentado, devem ter por fim a elucidação de respostas já dadas, sob pena de serem indeferidas pelo magistrado – em razão de sua impertinência (art. 470, I, CPC).

O perito e os assistentes técnicos só serão obrigados a responder esses quesitos complementares quando deles intimados, ao menos dez dias antes da audiência de instrução. A exigência se impõe para que os *experts* do juízo e das partes tenham tempo hábil para analisar as indagações, consultar dados coletados e aclarar, enfim, as dúvidas suscitadas.

Os esclarecimentos, em regra, virão oralmente, no curso da audiência, seguindo o mesmo regime de inquirição de testemunhas. Toda perícia pode concluir-se em mesa de audiência, com esse contato oral e imediato entre os sujeitos envolvidos. Mas nada impede que sejam apresentados previamente por escrito (art. 361, I, CPC), em laudo complementar⁶⁸.

Existe, por fim, outra possibilidade. Pode o juiz, já em mesa de audiência de instrução e julgamento, sentir a necessidade de solicitar esclarecimentos ao perito ou aos assistentes. Nada impede que determine a sua intimação e designe nova assentada.

Diz a lei que, se a alegação de fato a ser provada for de menor complexidade, admite-se que seja realizada uma *perícia simplificada* (art. 464, § 2º). Aqui, uma ressalva. Cabe, na verdade, a perícia simplificada quando a *constatação* do fato for simples (ou de menor complexidade) e, não, quando o *fato* assim se revela. Isso ocorre, basicamente, em duas hipóteses: *i*) o especialista presenciou fato, cuja percepção técnica e demonstração são simples; *ii*) o especialista não presenciou o

67. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 603.

68. A Lei n. 11.690/2008 inseriu no art. 159, §5º, I, CPP, possibilidade semelhante (pedido de esclarecimentos), dispondo que a parte pode requerer: “a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar”.

fato, mas seu depoimento é o bastante para explicá-lo e interpretá-lo em termos técnicos⁶⁹. Nestes casos, o juiz, de ofício ou a requerimento, poderá substituir a perícia formal por essa perícia informal e simplificada.

A *perícia simplificada*, na forma do art. 464, § 3º, CPC, reduz-se à inquirição judicial do perito, na audiência de instrução e julgamento, sobre a alegação de fato que, para ser elucidada, exija conhecimento especializado. O que ocorre, em tais casos, é a substituição de todo procedimento de produção de prova pericial pelo depoimento do perito e dos assistentes. Mas não se dispensa que o depoimento dos especialistas seja aprofundado – na sua análise dos fatos, na aplicação dos seus conhecimentos e na forma de sua inquirição⁷⁰. Trata-se de regra também prevista na Lei dos Juizados Especiais (art. 35 da Lei n. 9.099/1995). A despeito da omissão do CPC-2015, às partes deve ser dada a oportunidade de serem acompanhadas de seus assistentes técnicos em mesa de audiência, que poderão ser inquiridos pelo juiz. E, além disso, deve ser dada às partes a oportunidade de também formularem perguntas ao perito e aos assistentes técnicos que se apresentaram em juízo.

O §4º do art. 461 exige que o perito tenha formação acadêmica na área de conhecimento envolvida no seu depoimento. A regra não faz nenhum sentido. Já se viu que essa formação não é exigida no caso de a perícia não ser simplificada; qual a razão, então, para, em perícia efetivada por meio de depoimento, se exigir a formação acadêmica? A regra é absolutamente injustificável e parece ter sido inserida no texto do CPC, sem a atenção de que o sistema de nomeação do perito havia sido alterado. Parece, assim, um eco do sistema anterior. O despropósito da regra justifica a sua não aplicação, pela evidente inconstitucionalidade, em razão da falta de razoabilidade.

O perito também deve ser inscrito no cadastro do tribunal, na forma do art. 156, §1º, CPC.

Ao prestar seu depoimento técnico ou científico, poderá o perito empregar qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens necessários para expor seus esclarecimentos sobre as alegações de fato em discussão. A mesma oportunidade deve ser assegurada ao assistente técnico.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, seria um caso autêntico de prova testemunhal técnica, prevista no direito norte-americano.

Além disso, o autor, asseverando que o legislador pautou-se na experiência da perícia nos Juizados (art. 35, da Lei n. 9.099/1995), defende

69. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 579..

70. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 579.

que “o poder de convicção da perícia informal será avaliado pelo juiz, ao qual é permitido determinar outra se não se convencer da primeira, nas mesmas situações em que determinaria a segunda perícia nos casos ordinários”. Conclui, ainda, que os poderes instrutórios do juiz o autorizam “também a fazer realizar a *perícia formal* quando perceber que pelo caminho informal não se chegará a conclusões satisfatórias”⁷¹.

Quando a prova pericial tiver de ser realizada *em local diverso* daquele em que tramita o feito, o juiz deverá determinar a *expedição de carta* precatória, rogatória ou de ordem⁷², a depender do caso, e poderá, ao seu critério, delegar ao juízo deprecado as diligências de nomeação do perito e intimação das partes para indicarem seus assistentes técnicos⁷³ (art. 465, §6º, CPC). É medida que facilitará a produção da prova e irá torná-la menos custosa, pois viabiliza que se nomeie perito e se indiquem assistentes técnicos que residam e trabalhem próximo do local da perícia. Entretanto, nesse caso, é indispensável que o perito esteja inscrito no cadastro do tribunal a que o juízo deprecado esteja vinculado (salvo escolha consensual).⁷⁴

No regime do CPC-1939, não existia norma que regulamentasse o assunto. Daí a doutrina majoritariamente ter defendido a realização da perícia no juízo deprecante, pois é ele o juízo da causa e lá se realizará audiência de instrução e julgamento, em que, eventualmente, prestarão esclarecimentos perito e assistentes. Mas não se negava a possibilidade de, mediante acordo da parte e do juiz, fosse realizada no juízo deprecado⁷⁵.

7. ESCOLHA CONSENSUAL DO PERITO

O art. 471 do CPC autoriza a celebração de um negócio processual probatório: a escolha consensual do perito. Essa convenção processual deve observar os mesmos dois pressupostos gerais previstos para a negociação processual atípica do art. 190: a) a capacidade das partes; b) a causa admitir solução por autocomposição (art. 471, I e II, CPC). A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz (art. 471, §3º, CPC). Em suma, não há

71. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed., v. 3, p. 586 e 597.

72. No entendimento de Marinoni e Arehart a norma fala em ‘carta’, que poderá ser precatória, rogatória ou de ordem (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 591).

73. Nesse sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 4, 1989, p. 331. Ovídio Baptista dá a entender que, a seu ver, tais diligências (nomeação de perito e indicação de assistente) sempre deverão ser realizadas no juízo deprecado (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 368).

74. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 591.

75. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 296.

qualquer distinção entre a perícia feita por consenso das partes e a perícia determinada pelo juiz.

O perito não precisa ser um daqueles cadastrados no tribunal (art. 156, §1º), regra que somente se aplica à escolha do perito feita pelo órgão julgador. Aplica-se, por analogia, a regra da escolha consensual do mediador ou conciliador, que também devem estar cadastrados no tribunal: as partes podem escolher um que não esteja no cadastro (art. 168, §1º). A semelhança das situações é evidente.

Não havendo defeito que comprometa a validade desse negócio processual, não cabe ao juiz deixar de homologá-lo ou negar-lhe eficácia.

A escolha consensual do perito implica a perda do direito de questionar a sua imparcialidade. As partes não poderão arguir a suspeição ou o impedimento do perito – seria conduta contraditória, claro exemplo de *venire contra factum proprium*, comportamento ilícito por força do princípio da boa-fé processual.

Ao escolherem o perito, as partes já devem indicar seus assistentes técnicos, que acompanharão a perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

Do mesmo modo como aconteceria se a escolha fosse feita pelo juiz, o perito e os assistentes técnicos devem entregar respectivamente seu laudo e seus pareceres em prazo fixado pelo juiz (art. 471, §2º, CPC).

Questiona-se a possibilidade de as partes impugnarem o laudo pericial, já que o perito foi escolhido por elas. A previsão de escolha de assistentes técnicos já é um indicativo de que as partes podem questionar o laudo pericial. Mas nada impede que, no próprio negócio de escolha do perito, haja uma cláusula em que as partes renunciem ao direito de impugnar o laudo pericial; seria uma espécie de *arbitragem de fato*: as partes escolhem o perito para decidir sobre se determinado fato ocorreu ou não.

8. AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE “SEGUNDA PERÍCIA” OU “OUTRA PERÍCIA”

Admitida e realizada a perícia, cabe ao juiz avaliar seu resultado⁷⁶.

Na forma do art. 479, CPC, o juiz deverá valorar o resultado da perícia por decisão devidamente fundamentada, com a indicação das razões que compuseram a formação de seu convencimento (art. 371, CPC), no sentido de acolher ou não as conclusões técnicas ou científicas registradas no laudo.

76. Deve o magistrado analisar a autoridade científica dos autores do laudo e dos pareceres, sua idoneidade moral, a aceitação dos métodos e instrumentos científicos empregados no seu meio profissional, a coerência de seus argumentos e de sua conclusão etc. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 228).

Ao fazê-lo, o magistrado não deve limitar-se a levar em consideração o método empregado pelo perito. Deve analisar a autoridade científica dos autores do laudo e dos pareceres, sua idoneidade moral, a aceitação dos métodos e instrumentos científicos empregados no seu meio profissional, a coerência de seus argumentos e de sua conclusão etc.⁷⁷

O juiz não fica adstrito às considerações do perito. Poderá não acolher as conclusões do laudo e fundar seu julgamento em outras provas, desde que seu convencimento seja devidamente motivado. Pode arguir, por exemplo, que o laudo foi inconsistente, incoerente, insuficiente na técnica ou método utilizado etc.⁷⁸. Deve, porém, fazê-lo de forma fundamentada, não sendo lícito “trazer aos autos impressões pessoais e conhecimentos extraprocessuais que não possam ser objeto do contraditório e da ampla defesa pelas partes litigantes”⁷⁹.

Sabendo-se que o juiz-médio pode ser dotado não só de experiência comum, como também de experiência técnica – noções sobre um campo técnico ou científico –, é possível que tenha aptidão para questionar as conclusões do laudo e, com base nisso, desconsiderá-las em sua decisão. Ainda mais quando o perito tem que apresentar um laudo claro, congruente, concludente e inteligível (art. 473, CPC).

Há regra que autoriza o órgão jurisdicional a valorar a perícia (art. 371, CPC) e, assim, desconsiderá-la. Nada obstante, a desconsideração da perícia pelo juiz exige motivação específica: *primeiro, o juiz não pode simplesmente ignorar a perícia produzida; segundo, para desconsiderá-la, deve dizer claramente as razões dessa decisão.*

O CPC estrutura a produção da prova pericial considerando a necessidade de um controle jurisdicional mais efetivo sobre a perícia. Parte-se da premissa de que permitir a avaliação livre do juiz sobre a prova pericial, no que diz respeito a sua cientificidade ou a sua tecnicidade, poderia conduzir ao que se chama de “junk science”, isto é, a uma falsa ciência. Daí o estabelecimento de critérios objetivos que auxiliem o juiz no controle da perícia, de modo a assegurar seja trazido ao processo jurisdicional conhecimento seguro e confiável, “no sentido de representar de maneira fidedigna aquilo que é aceito pelos especialistas da área”⁸⁰.

No Brasil, ao contrário do sistema estadunidense, o controle da prova é feito pelo juiz no momento da valoração da prova e explicitado na fundamentação da

77. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 228.

78. Trata-se de regra antiga. Foi incorporada por todos os códigos estaduais e pelo art. 258, CPC/39 (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 301).

79. STJ, 4ª T., REsp n. 1.095.668/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12.3.2013, publicado no DPJ de 26.03.2013.

80. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 134-135.

sentença. Na vigência do CPC-2015, há uma ênfase na necessidade de o controle judicial da perícia começar antes da sua realização. Por isso, cabe ao juiz avaliar previamente não só sua necessidade, utilidade, viabilidade e licitude, como também exigir que o perito “indique e comprove suas especialidades e a capacidade para auxiliar no accertamento dos fatos técnicos-científicos” (arts. 156, 157, §2º, 465, §2º, II, 473, CPC)⁸¹.

E mais, o juiz brasileiro, no exercício do poder atribuído pelo art. 371 do CPC, avalia a cientificidade do resultado da perícia, a confiabilidade do laudo, buscando, para tanto, dados não-jurídicos, como “a aceitação ou recusa do método perante os especialistas”⁸². Daí a exigência legal de que o perito traga ao processo dados necessários para a aferição de sua capacidade técnica (antes da perícia) e elementos que se refiram à confiabilidade do método empregado (no bojo do laudo pericial).

A falta de um controle da prova pericial deste viés configura vício na fundamentação, apto a conduzir à nulidade da sentença judicial⁸³.

O juiz pode determinar a realização de uma segunda perícia, de ofício, a requerimento das partes ou do Ministério Público, quando verificar que o resultado da primeira perícia foi (cf. art. 480, CPC): *i) insuficiente*, por não ter exaurido o exame técnico ou científico das alegações de fato probantes, omitindo-se quanto a algum ponto; ou *ii) inexato*, i.e., obscuro/impreciso com relação a algum dado ou elemento; *iii) inconclusivo*, diante da inaptidão dos elementos materiais periciados (ex.: degradação do material biológico para exame de DNA sobre restos mortais do suposto pai falecido), quando posteriormente houver sido disponibilizado elemento material necessário para que o exame se realize (ex.: materiais biológicos dos descendentes ou colaterais do suposto pai), em respeito à expectativa e confiança que deposita o jurisdicionado de que a segunda perícia será realizada, bem assim à preclusão que se opera sobre decisão que deferiu a perícia e conferiu aos demandantes o direito à sua produção⁸⁴.

Esse segundo procedimento pericial só deve ser instaurado se o juiz exaurir todas as possibilidades de corrigir defeitos e falhas no laudo resultante do primeiro – por iniciativa das partes ou do próprio juiz (art. 477, CPC). Deve-se prezar pela economia processual, não sendo admitidos desperdícios, que se realizem atividades processuais inúteis ou desnecessárias.

81. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 144.

82. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 152.

83. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 153, 154 e 156.

84. STJ, 4.ª T., REsp n. 1.229.905-MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.8.2014, publicado no DPJ de 02.09.2014.

Importante salientar, portanto, que a mera crítica do assistente técnico ao laudo não justifica, por si só, a determinação de uma segunda perícia, ainda mais quando o laudo for devidamente fundamentado⁸⁵.

Há posicionamento do STJ no sentido de que o pronunciamento que defere ou indefere a segunda perícia é despacho, que não causa qualquer prejuízo, sendo considerado, por isso, irrecurável⁸⁶.

Entretanto, o ato que determina ou não a realização de uma prova é decisório. Dá-se decisão sobre a admissibilidade dessa prova, que pode ter sido, inclusive, controvertida (questão incidente). E não há como se afirmar, em tese, que esse ato não causa prejuízo. Prejuízo só se avalia em concreto. E, em casos tais, é bem provável que se configure, na medida em que outra perícia implica novos gastos e que se dedique ainda mais tempo à instrução. Trata-se, assim, de decisão interlocutória.

No regime do CPC-1973, essa decisão interlocutória era recorrível e agravável⁸⁷. No regime do CPC-2015, a decisão não é agravável. A decisão somente pode ser questionada em sede de apelação ou de contrarrazões (art. 1.009, §1º, e 1.015, CPC).

A *segunda perícia* não é outra perícia sobre outros fatos. Deverá recair sobre os mesmos fatos da primeira e atender às mesmas finalidades por ela visadas (art. 480, §1º). É realizada, tão somente, com o objetivo de corrigir eventual omissão ou inexatidão no resultado alcançado na perícia anterior. Caso o juiz repute essencial para o bom resultado da segunda perícia, poderá ampliar o assunto que foi objeto da primeira. É possível, pois, que a segunda perícia assuma esse caráter complementar⁸⁸.

Mas as regras da segunda perícia são as mesmas estabelecidas para a primeira (art. 480, §2º). Não se deve alterar o local da perícia, o prazo para entrega do laudo, o questionário apresentado pelo juiz e pelas partes etc., salvo expressa autorização judicial. Mas o perito não deve ser o mesmo – afinal, a diligência anterior não satisfaz⁸⁹. Nesse sentido, há regra expressa no CPC Português, no art. 590, “a”⁹⁰.

A segunda perícia não substitui nem invalida a primeira perícia. Pelas mesmas razões já expostas (convencimento judicial motivado), o juiz também não fica adstrito ao resultado da segunda perícia. O juiz deverá avaliar ambas – primeira e segunda perícia – igualmente (art. 480, §3º), mas sempre de forma fundamentada.

85. STJ, 3.ª T., Ag n. 46241, rel. Min. Nilson Naves, j. em 14.1.1994, publicado no DPJ de 4.2.1994.

86. STJ, 4.ª T., REsp n.160028, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 02.02.1999, publicado no DPJ de 12.04.1999.

87. STJ, 4.ª T., REsp n. 651001, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 16.09.2004, publicado no DPJ de 27.06.2005.

88. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 304.

89. Com opinião diversa, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 230.

90. Contra, STJ, 2.ª T., REsp n. 1.166.893-Ag-Rg, rel. Min. Humberto Martins, j. em 22.6.10, publicado no DPJ de 1.7.10.

E se a segunda perícia também contiver inexatidões ou omissões, é possível uma terceira perícia? Doutrinadores mais antigos admitem-na, em casos excepcionalíssimos, quando extremamente necessária. Isso porque o CPC-1939, no seu art. 258, falava em “nova perícia” e, não, em “segunda perícia”. Já o CPC-1973 e o CPC-2015 só fazem referência expressa à possibilidade de uma “segunda perícia” e, não, “nova perícia”, expressão mais abrangente. Omitem-se quanto à possibilidade de uma “terceira perícia”. Essa opção provavelmente advém da consciência de que uma diligência pericial já é bastante complexa, demorada e custosa, imaginem-se três!⁹¹.

Convém não baralhar a *segunda perícia* com *outra perícia*. Enquanto aquela incide sobre os mesmos fatos, detendo o mesmo objetivo, essa recai sobre fatos distintos ou revela objetivo distinto. Existe a possibilidade de, finda uma perícia, o juiz determinar *outra perícia*, quando se fizer necessário para a elucidação de fato de relevo para a causa – não com base no art. 480, CPC, mas sim no seu poder instrutório, consagrado no art. 370 do CPC⁹².

9. DESPESAS

Sobre os custos da perícia, o art. 95, CPC, estipula que: *i)* cada parte deverá arcar com a *remuneração do assistente técnico* que assisti-la; *ii)* a parte que requer a perícia deverá antecipar os *honorários do perito*; *iii)* as partes deverão ratear antecipadamente os *honorários do perito*, quando a perícia for requerida por ambas ou determinada de ofício pelo juiz.

Mas a *parte beneficiária da justiça gratuita* está isenta de custas e despesas processuais, inclusive as despesas relacionadas à perícia (art. 98, §1º, V, VI e VII). Daí o art. 95, §3º, CPC, dispor que, nestes casos, a perícia poderá ser custeada: *i)* “com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado”; *ii)* por recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, quando realizada por perito particular, sendo o valor devido “fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça”. Ressalva o art. 95, §5º que, na aplicação desta regra, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública. Transitada em julgado a decisão definitiva da causa, a Fazenda Pública será oficiada para que promova execução contra a parte sucumbente exigindo valores gastos com a realização de perícia por perito particular ou com a utilização de agente público. Ainda que a parte sucumbente seja a beneficiária da

91. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 305; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 350.

92. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 352.

gratuidade, a execução deve ser promovida, tendo em vista que o art. 98, §2º, CPC, prevê que a gratuidade não afasta a responsabilidade pelas verbas sucumbenciais.

O perito tem o dever de colaborar com o Poder Público no descobrimento da verdade, tal como impõem os arts. 378 do CPC e 14 da Lei n. 1.060/1950. Nesta condição, o *expert*, bem como qualquer outro particular convocado pelo Judiciário, exerce um *munus* público. Por isso, havendo qualquer eventual empecilho para o adiantamento dos seus honorários com recursos públicos, na forma do art. 95, §3º, CPC, deverá aguardar pelo fim do processo para que possa recebê-los, quando serão pagos pelo não-beneficiário, se vencido, ou pelo Estado, se vencido for o beneficiário⁹³.

No CPC-1973, não havia previsão de um procedimento para *fixação dos honorários periciais*. O CPC-2015 traçou esse procedimento que se aproxima ao que já ocorria na prática forense.

Na forma do art. 465, §2º, I, CPC-2015, o perito, uma vez intimado, terá o prazo de cinco dias para apresentar sua proposta de honorários. Deve fazê-lo levando em conta a complexidade e a natureza do objeto da perícia.

Em seguida, as partes deverão ser intimadas para que, caso queiram, se manifestem sobre o valor proposto, no prazo comum de cinco dias.

Se as partes (capazes) concordam, e o direito subjacente é passível de autocomposição, deve prevalecer o valor sugerido pelo perito. O silêncio das partes, nessas circunstâncias, deve ser tomado como concordância tácita (arts. 111 e 432, CC), tendo em vista que a lei coloca a aceitação ou manifestação como uma faculdade sua. Até porque teria havido aí um consenso, expresso ou tácito, que configura negócio processual atípico em torno do valor dos honorários (art. 190, CPC).

Se as partes (ou uma delas) discordam ou, concordando, forem incapazes e/ou o direito discutido insusceptível de conciliação (art. 190, CPC), cabe ao juiz estipular um valor razoável, que reflita os usos e costumes locais, o tempo necessário para a realização do serviço, o nível de dificuldade envolvido, bem como a qualidade e o caráter do objeto da perícia (art. 596, CC).

93. DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da justiça gratuita*, 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 18-21; MARCACINI, Augusto Rosa Tavares, *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41-42; ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade. In: *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 79-80; STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 1.349.531/MG, rel. Min. Mauro Campbell, j. em 07.05.2013, publicado no DPJ de 13.05.2013; STJ, 2ª T., REsp n. 1.364.213/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 16.04.2013, publicado no DPJ de 22.04.2013; STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 1.333.807/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 02.04.2013, publicado no DPJ de 05.04.2013. Há quem diga, como Cândido Dinamarco, que o perito *não* estaria obrigado a trabalhar de graça e, por isso, mesmo o beneficiário, quando fizesse requerimento de produção deste tipo de prova, deveria adiantar todas despesas, inclusive honorários (*Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 2, p. 678-679).

Neste caso, deve o juiz preocupar-se em atender minimamente aos interesses de todos os envolvidos – partes e perito⁹⁴. Por fim, fixado o valor dos honorários, o juiz deve determinar a intimação das partes para que adiantem o seu pagamento, na forma do art. 95, CPC.

O art. 190, CPC, autoriza negociações processuais atípicas. Com isso, permite que as partes convençionem o rateio dos honorários periciais. Observe-se, contudo, que se a perícia foi requerida por ambas, o próprio art. 95, CPC, já prevê que os honorários serão por ambas custeados.

O juiz pode arbitrar *honorários provisórios* – que custeiem apenas parte da remuneração, em valor a ser reavaliado após a entrega do laudo – ou *honorários definitivos* – que arquem com toda a sua remuneração e não serão revistos. Não se aconselha que o magistrado se precipite e fixe logo uma remuneração definitiva, pois, em muitos casos, só no curso da perícia se pode apurar a complexidade e extensão do trabalho do perito⁹⁵.

O juiz poderá determinar o *depósito imediato dos honorários periciais* em conta a ser aberta por ordem do juízo (art. 95, §1º, CPC), com correção monetária, cujo valor será entregue ao perito após a apresentação do laudo. Admite-se, contudo, que, quando necessário, seja liberada parte do valor previamente.

O art. 465, §4º, prevê a possibilidade de o juiz autorizar que o perito levante até cinquenta por cento do valor dos honorários antecipadamente, antes de realizada a perícia. Mas o restante só é pago depois de entregue o laudo e prestados todos os esclarecimentos que se façam necessários.

É o que normalmente acontece. Antes mesmo do início dos trabalhos do perito, a parte responsável é chamada para depositar em juízo sua remuneração – o que não impede o parcelamento do valor ou o depósito posterior.

Marinoni e Arenhart sustentam que o depósito antecipado não é regra, mas, sim, exceção aplicável aos casos em que se suspeite que o responsável pela remuneração do perito não terá condições de fazê-lo ao cabo da diligência ou naqueles em que a realização da perícia seja deveras custosa – que, de regra, implicará em liberação parcial do depósito para bancar tais despesas⁹⁶.

94. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 580-581.

95. “Nem sempre é recomendável, porém, que o juiz arbitre, desde logo, os salários definitivos do perito, uma vez que, em casos mais complexos, só com o tempo se poderá verificar a extensão dos trabalhos periciais. É aconselhável, pois, que o juiz, após a apresentação da estimativa dos salários pelo perito e a audiência das partes, arbitre um valor provisório para cobrir as despesas e parte da remuneração objetivada”. (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 128.)

96. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 580.

As consequências para o desrespeito a essa ordem judicial de depósito variam a depender do tipo de honorários⁹⁷.

Caso a parte responsável não deposite antecipadamente os *honorários provisórios ou definitivos*, arbitrados pelo juiz antes da realização da perícia, deve o juiz dispensar a prova pericial, arcando a parte com as consequências daí advindas.

Mas se a prova foi determinada de ofício, e as partes não depositam o valor referente à remuneração do perito, o juiz deve aplicar-lhes a multa do art. 77, IV e § 2º, CPC, por desacato à ordem judicial, e outras medidas de cunho coercitivo, bem como determinar a realização da perícia, independentemente da efetivação do depósito.

Ao final da demanda, o vencido deverá remunerar o *expert*, sob pena de ser submetido a uma execução forçada. Caso a parte responsável, quando já realizada a perícia e entregue o laudo, não deposite o valor complementar dos honorários provisórios ou todo o valor relativo aos honorários definitivos – cujo depósito não se exigiu previamente –, deve o perito cobrar o *quantum devido pelas vias executivas cabíveis e o juiz punir a parte pelo desrespeito às ordens judiciais* (art. 77, IV e § 2º, CPC).

O CPC-2015, em seu art. 465, §5º, prevê que os honorários periciais judicialmente fixados poderão ser reduzidos se o resultado da perícia for incompleto ou falho. Como o serviço é imperfeito, a remuneração deve ser proporcionalmente diminuída, até porque certamente será necessária a designação de outro profissional, órgão ou empresa para complementar, consertar ou refazer o trabalho. É regra inexistente no regime anterior.

97. Sobre o tema, conferir LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 129.

Inspeção judicial

Sumário • 1. Noção – 2. Postulação e admissão/determinação da prova. Momento adequado para a sua produção – 3. Inspeção como prova principal e única – 4. Fonte da inspeção – 5. Inspeção de pessoa. O direito de não ser inspecionado – 6. Inspeção de pessoa (terceiro) – 7. Inspeção direta e indireta – 8. Inspeção indireta como perícia informal – 9. Partes assistidas por *expert* – 10. Local da inspeção – 11. Participação das partes na produção da prova – 12. Conclusão e documentação da inspeção. Auto da inspeção como pressuposto de existência – 13. Documentação da inspeção feita na sede do juízo – 14. Manifestação sobre resultado da prova.

1. NOÇÃO

A *inspeção judicial*, também conhecida como *inspeção ocular*, *exame judicial* ou *reconhecimento judicial*, é meio de prova que se concretiza com o ato de percepção pessoal do juiz, com um ou alguns dos seus sentidos, das propriedades e circunstâncias relativas a pessoa ou coisa (móveis, imóveis e semoventes).

O objetivo da inspeção é esclarecer o juiz sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 481, parte final). Assim, a inspeção deve ter por objeto necessário e exclusivo a elucidação de ponto de fato controvertido.

Não se admite inspeção que vise satisfazer curiosidades pessoais ou instintos de perseguição em torno dos envolvidos no processo (ex.: conhecer pertences ou costumes de uma família ou empresa). O seu objeto deve ser precisamente definido, não podendo ser genérico e indeterminado, sob pena de ofensa ao contraditório, além de configurar-se abuso de poder (art. 5.º, LIV e LV, CF)¹.

É um dos mais importantes, esclarecedores e seguros meios de prova, embora de escassa utilização na praxe forense.

2. POSTULAÇÃO E ADMISSÃO/DETERMINAÇÃO DA PROVA. MOMENTO ADEQUADO PARA A SUA PRODUÇÃO

A inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou a requerimento da parte.

Usualmente, um *requerimento* genérico de inspeção judicial poderá ser formulado pelas partes na fase postulatória, na petição inicial ou na contestação; será

1. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 573.

ratificado, se for o caso, no momento da especificação das provas, já na fase de saneamento.

É na *decisão saneadora e de organização do processo* (art. 357, II, CPC) que o juiz define as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e, sendo requerida a inspeção judicial, faz um juízo de admissibilidade da prova, para definir sobre sua produção.

Não há, entretanto, não há um limite temporal rigoroso para a determinação e realização desse meio de prova. Pode ser determinada e ocorrer em qualquer fase do processo, como prevê o art. 481, CPC, inclusive em instância recursal².

3. INSPEÇÃO COMO PROVA PRINCIPAL E ÚNICA

Não é pressuposto da *inspeção judicial* a existência, nos autos, de início de prova do fato. Não se trata de diligência instrutória *ulterior* ou *secundária*. Pode ser utilizada como prova *principal* e *única*, se for o caso.

O magistrado pode determiná-la em qualquer fase do procedimento, quando reputar útil para a formação do seu convencimento. Mas há quem discorde, entendendo tratar-se de um meio de instrução *ulterior* à prova do fato já adquirida pelo processo por iniciativa da parte³.

4. FONTE DA INSPEÇÃO

A lei menciona apenas as *pessoas* e *coisas* como *fontes* da prova por *inspeção judicial*. Também são *fontes* de prova os *fenômenos* (erosão, maré, luar etc.).

Nada impede a inspeção judicial de *fenômenos*, seja como prova atípica, seja a partir de uma interpretação elástica da noção de *coisa*, constante do art. 481 do CPC. O *olor* e o *barulho*, por exemplo, são fenômenos, que obviamente podem ser objeto de uma inspeção judicial.

O que se exige é que a *fonte* da *inspeção* seja perceptível pelos sentidos humanos. Embora usualmente denominada de *inspeção ocular*, o *exame judicial* não se restringe à *visão*. As demais percepções sensoriais (auditiva, gustativa, tátil e

-
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 502; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 235; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 216.
 - Com essa concepção mais estreita, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 357-359; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 215.

olfativa) também podem servir a esse meio de prova. A inspeção pode ocorrer, por exemplo, com o simples ato de ouvir palavras, frase ou diálogo, em telefone ou gravação. Ou, como também cogita Pontes de Miranda, simplesmente ouvir o papagaio repetindo algo que aprendeu com uma das partes⁴.

5. INSPEÇÃO DE PESSOA. O DIREITO DE NÃO SER INSPECIONADO

A pessoa inspecionada pode ser uma *parte* ou um *terceiro*. A parte tem o *dever* de colaborar com o juízo na realização da inspeção (art. 379, II, CPC). Há quem reconheça à parte, porém, o direito de não ser inspecionada nos casos do art. 388 do CPC, que a escusam de depor pessoalmente. Também se aplicam à inspeção judicial as regras que excluem o dever de exibir documento ou outra coisa (art. 404 do CPC)⁵.

Ainda quando a parte se recuse sem justo motivo à inspeção, não se pode constrangê-la à força a submeter-se ao procedimento probatório. Esse comportamento, no entanto, pode configurar-se resistência injustificada ao andamento do processo (art. 80, IV, CPC), além de poder ser considerado um indício que fundamenta a presunção judicial do fato que se queria provar⁶.

6. INSPEÇÃO DE PESSOA (TERCEIRO)

O *terceiro*, no entanto, somente será submetido à *inspeção* com o seu consentimento, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre em relação à *parte*, não há qualquer menção legislativa a esse dever (art. 380, CPC)⁷. Há quem se posicione em sentido diverso, entendendo que há um *dever* do terceiro de submeter-se à inspeção judicial, decorrente do *dever geral de colaboração com a justiça* (art. 378 do CPC)⁸.

-
4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 502; ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, s/a, t. 2, p. 239; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 212; LIMA, Pires de, VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 339; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 393; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 232.
 5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74 e 75; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 503; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611.
 6. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 361; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 612; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, t. 2, p. 219.
 7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 234.
 8. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 361; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 392; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611.

7. INSPEÇÃO DIRETA E INDIRETA

A doutrina costuma dividir a *inspeção judicial* em *direta* ou *indireta*. Será *direta* quando feita pelo próprio juiz. Será *indireta* quando perito assistir o magistrado no exame da pessoa ou coisa. Esse perito que assiste o juiz na inspeção submete-se às regras gerais de impedimento e suspeição, como qualquer outro perito (art. 148, II, CPC).

8. INSPEÇÃO INDIRETA COMO PERÍCIA INFORMAL

Parece que à denominada *inspeção judicial indireta* falta um elemento nuclear do conceito de inspeção: o exame pessoal feito pelo juiz. Assim, consideramo-la uma *perícia*, embora realizada na presença do magistrado, não vendo utilidade na distinção.

Há quem diga, contudo, que só há perícia se forem cumpridas as formalidades de uma prova pericial (com um laudo, formulação de quesitos, prestação de esclarecimentos etc.), do contrário será uma inspeção indireta⁹.

Não há utilidade nessa diferenciação, pois a perícia simplificada, por exemplo, não deixa de ser perícia por não pressupor a observância das formalidades previstas para prova pericial. A inspeção indireta confunde-se, na verdade, com uma perícia simplificada, na medida em que se produz com a simples presença e inquirição do perito sobre a coisa ou pessoa que observa junto ao juiz (art. 464, § 3º). A diferença é que a diligência pode não ocorrer em mesa de audiência, na sede do juízo, mas, sim, no local onde se encontre a fonte de prova (art. 483, CPC).

9. PARTES ASSISTIDAS POR EXPERT

A despeito da omissão do CPC, na inspeção indireta (perícia simplificada) deve ser dada às partes a oportunidade de serem acompanhadas por seus assistentes técnicos, que lhes prestarão esclarecimentos necessários para que possam fiscalizar, com mais embasamento, a produção da prova. É o que se impõe em nome do contraditório, sob pena de nulidade da inspeção pericial¹⁰.

Os assistentes poderão ser inquiridos pelo juiz. Também deve ser dada às partes a oportunidade de formular perguntas ao perito e aos assistentes técnicos que se apresentaram no local da inspeção.

O juiz pode ser acompanhado de mais de um perito, diz a lei. Naturalmente, as partes também poderão ter mais de um assistente técnico.

-
9. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 615.
10. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 574.

10. LOCAL DA INSPEÇÃO

A *inspeção* pode realizar-se na sede do juízo ou fora dela, mas dentro da competência territorial do juiz.

O magistrado irá ao local onde se encontra a pessoa ou coisa, ou onde esteja acontecendo o fenômeno, a ser inspecionada quando (art. 483, CPC): “I – julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II – a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III – determinar a reconstituição dos fatos”.

11. PARTICIPAÇÃO DAS PARTES NA PRODUÇÃO DA PROVA

A parte tem o direito de participar da *produção* de toda prova que possa ser utilizada com fundamento de uma decisão que lhe seja desfavorável. Trata-se de corolário do direito fundamental ao *contraditório*, examinado em uma perspectiva substancial. Exatamente em razão disso, “as partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa” (art. 483, parágrafo único, CPC). Fere a garantia do contraditório a *inspeção judicial secreta*.

No caso de inspeção corporal, hão de ser tomadas providências para respeitar a intimidade e, ao mesmo tempo, garantir o controle da produção das provas pelas partes. O juiz deverá preservar sua dignidade e intimidade, permitindo que a pessoa inspecionada seja assistida por alguém de sua confiança (amigo ou familiar, por exemplo)¹¹.

12. CONCLUSÃO E DOCUMENTAÇÃO DA INSPEÇÃO. AUTO DA INSPEÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE EXISTÊNCIA

De acordo com o art. 484, “Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia”. É importante perceber o seguinte: *i*) o auto é instrumento *ad substantia* para prova da realização da diligência: sem o *auto*, reputa-se inexistente a inspeção judicial¹²; *ii*) tudo aquilo que não for registrado no auto não pode ser invocado como

11. NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção Judicial*. São Paulo: Leud, 2007, p. 116-117. A propósito, o art. 260, *fine*, do CPC italiano: “Durante a inspeção corporal, deve-se proceder com toda cautela, a fim de preservar o respeito à pessoa” (tradução livre; no original: “All’ispezione corporale deve precedersi com ogni cautela diretta a garantire il rispetto della persona”).

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 509; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 226.

fundamento da sentença, já que não é prova presente nos autos¹³. Há precedente do STJ, em sentido semelhante, colocando que, não havendo auto, a inspeção não tem valor de prova (STJ, 1.^a Turma, Ag n. 14646-AgRg, Rel. Min. Garcia Vieira, j. em 9.12.1992, DOU de 5.4.1993).

13. DOCUMENTAÇÃO DA INSPEÇÃO FEITA NA SEDE DO JUÍZO

Auto é a designação que se dá à documentação de ato processual praticado fora da sede do juízo (auto de penhora, auto de avaliação etc.). Se a inspeção judicial for realizada na própria sede do juízo, a sua documentação será feita com a lavratura de uma *ata* ou *termo* de audiência.

O auto ou termo dever conter tudo que de relevante ocorreu ao longo da inspeção. Todo e qualquer incidente ocorrido deve ser registrado. O juiz poderá, inclusive, decidir questões suscitadas ao longo da inspeção, constando no auto ou termo a suscitação da questão e a respectiva decisão¹⁴.

É o que poderá ocorrer, por exemplo, se o juiz indeferir um quesito que a parte dirija ao perito tomado como impertinente ou se o juiz não acolhe requerimento da parte de que a inspeção se estenda um pouco mais, pois a iluminação necessária para sua percepção somente virá em horário mais tardio.

Finda e documentada a inspeção, o auto será assinado por todos aqueles que dela de alguma forma participaram (como juiz, escrivão, perito, assistentes, advogados, partes).

14. MANIFESTAÇÃO SOBRE RESULTADO DA PROVA

Em que pese o silêncio da lei, lavrado o auto ou termo de inspeção, o juiz deve ter o cuidado de, em nome do contraditório, assegurar à parte o direito de manifestar-se sobre o resultado da prova.

Assim, cabe ao juiz intimar as partes, conferindo-lhe prazo para falar sobre a inspeção, sobretudo se já tiver passado o momento das razões finais – por ex., se inspeção se deu em grau de recurso ou após a conversão do feito em nova diligência probatória.

13. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 618.

14. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9.^a ed. São Paulo: RT, 2006, p. 575.

Decisão judicial

Sumário • 1. Nota introdutória – 2. Sistematização dos pronunciamentos judiciais: 2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais; 2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular: 2.2.1. Generalidades; 2.2.2. Sentença; 2.2.3. Decisão interlocutória; 2.3. As decisões proferidas em órgão colegiado; ; 2.4. Decisões unipessoais proferidas em tribunal – 3. A sentença como norma jurídica individualizada – 4. Elementos da decisão judicial: 4.1. Introdução; 4.2. Relatório; 4.3. Fundamentação: 4.3.1. A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação; ; 4.3.2. Racionalidade e controlabilidade; 4.3.3. Integridade e coerência ; 4.3.4. O conteúdo da fundamentação; 4.3.4.1. Fundamentação de admissibilidade e fundamentação de mérito; 4.3.4.2. Fundamentação de fato e fundamentação de direito; 4.3.5. Decisão sem fundamentação: 4.3.5.1. Ausência de fundamentação e fundamentação deficiente; 4.3.5.2. Exemplos de decisões não-fundamentadas (art. 489, § 1º, CPC): 4.3.5.2.1. Decisão que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, I); 4.3.5.2.2. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, II); 4.3.5.2.3. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III); 4.3.5.2.4. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV); 4.3.5.2.5. Decisão que 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 (art. 489, § 1º, V); 4.3.5.2.6. Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI); 4.3.5.2.7. Outros exemplos; 4.3.5.3. Consequência da ausência de fundamentação; 4.3.6. A fundamentação e a coisa julgada; 4.4. Dispositivo: 4.4.1. Conceito; 4.4.2. A teoria dos capítulos de sentença; 4.4.3. Repercussões da teoria dos capítulos de sentença – 5. Requisitos da decisão judicial: 5.1. A congruência da decisão judicial; 5.2. A congruência externa: 5.2.1. Introdução: a abrangência dos arts. 141 e 492 do CPC; 5.2.2. A congruência objetiva: 5.2.2.1. Decisão *ultra petita*; 5.2.2.2. Decisão *extra petita*; 5.2.2.3. Decisão *citra petita*. 5.2.2.3.1. Generalidades; 5.2.2.3.2. Espécies de decisão *citra petita*; 5.2.2.3.3. Problemas específicos da decisão *citra petita*; 5.2.3. A congruência subjetiva; 5.3. A congruência interna: 5.3.1. Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido; 5.3.2. Certeza (art. 492, p. ún., CPC); 5.3.3. Liquidez; 5.3.4. Clareza e coerência – 6. Interpretação da decisão judicial – 7. Decisões objetivamente e/ou subjetivamente complexas – 8. Decisões definitivas e decisões provisórias. Decisões de mérito e decisões de admissibilidade: 8.1. As “sentenças definitivas” e as “sentenças terminativas”; 8.2. Classificação baseada na profundidade do exame (decisão definitiva e decisão provisória) e na natureza da questão decidida (decisão de admissibilidade e decisão de mérito) – 9. A decisão e o fato superveniente: 9.1. O art. 493 do CPC; 9.2. Causa de pedir e causa de defesa supervenientes; 9.3. Pressupostos para a aplicação do art. 493 do CPC; 9.4. Aplicação do art. 493 do CPC na instância recursal – 10. A decisão que acolhe exceção substancial dilatatória – 11. Conteúdo da decisão; 11.1. Conteúdo e efeitos: distinção; 11.2. Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo: 11.2.1. Introdução; 11.2.2. Decisões condenatórias; 11.2.3. Decisões constitutivas; 11.2.4. Decisões meramente declaratórias – 12. Efeitos da decisão judicial: 12.1. Eficácia principal; 12.2. Eficácia reflexa; 12.3. Eficácia anexa (eficácia de fato): 12.3.1. Generalidades; 12.3.2. Hipoteca judiciária; 12.4. Eficácia probatória – 13. Decisão determinativa – 14. Publicação, retratação e integração da decisão.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O CPC, nos artigos 485 a 495, disciplina a “sentença”. “Sentença”, neste caso, é termo que designa, por metonímia, qualquer decisão judicial, seja qual for a sua espécie; “sentença”, neste sentido, é *gênero*. Em diversos momentos o CPC

refere-se a “sentença” nesta acepção (por exemplo, art. 82, §2º, art. 501 e art. 509). A CF/1888, ao cuidar das decisões do STF, refere-se a “sentenças” (art. 102, I, “m”), quando, rigorosamente, seriam “acórdãos” (art. 204, CPC).

Sucedo que o mesmo CPC, em outro momento (art. 203, § 1º), vale-se do termo “sentença” para designar uma *espécie* de decisão judicial.

Este capítulo cuida da “decisão judicial”, seja qual for a sua espécie; examinará, assim, a “sentença”, termo entendido em sentido amplo como sinônimo de decisão judicial. Preferimos, então, por isso, designar o capítulo como “decisão judicial”, para evitar mal-entendidos, embora reconheçamos que, usualmente, esse assunto vem tratado nos livros sob a rubrica “sentença”.

2. SISTEMATIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais

A principal razão para proceder-se a uma sistematização dos pronunciamentos judiciais está na necessidade de organizar o sistema recursal. Daí a legítima preocupação do legislador de estabelecer os conceitos de cada um dos tipos de pronunciamentos judiciais (arts. 203 e 204, CPC) e a preocupação da doutrina em aperfeiçoá-los.

Pode-se dizer que, dos atos que pratica no processo, os pronunciamentos judiciais são aqueles pelos quais o magistrado (*i*) decide uma questão ou (*ii*) simplesmente impulsiona o procedimento, fazendo com que ele avance em suas fases. À primeira espécie de pronunciamento judicial, que tem conteúdo decisório, dá-se o nome de *decisões lato sensu*; à segunda, que não tem conteúdo decisório, dá-se o nome de *despachos*.

Os pronunciamentos judiciais que têm conteúdo decisório (*decisões lato sensu*) podem ser classificados em duas espécies: (*i.1*) decisões proferidas pelo juízo singular e (*i.2*) decisões proferidas em um órgão colegiado (no tribunal, mediante um dos seus órgãos fracionários, ou na turma recursal). Para facilitar a compreensão, cada uma dessas espécies de pronunciamentos judiciais será analisada em separado.

Os despachos são pronunciamentos judiciais sem conteúdo decisório que tanto podem ser proferidos pelo juízo singular quanto pelo órgão colegiado. Seu conceito se dá por exclusão (art. 203, §3º, CPC)

2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular

2.2.1. Generalidades

O art. 203 do CPC faz uma sistematização dos atos do juízo singular. Diz que os pronunciamentos com conteúdo decisório podem ser de duas espécies: (*i*)

sentenças e (ii) *decisões interlocutórias*. Além desses, há os *despachos* – que, como visto, embora sejam pronunciamentos judiciais, não têm conteúdo decisório.

2.2.2. Sentença

Segundo o § 1º do art. 203, *sentença* é o pronunciamento do juízo singular que, com fundamento no art. 485 ou no art. 489 do CPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução. O art. 485 cuida das hipóteses em que o mérito não é resolvido; o art. 489, das hipóteses em que o é – sobre os dois, ver o capítulo sobre extinção do processo, no v. 1 do *Curso*.

Não é apenas a sentença que pode fundar-se em uma das hipóteses desses dispositivos. Acórdãos e decisões proferidas por relator também podem fundar-se nas mesmas hipóteses; o mesmo se pode dizer das decisões interlocutórias. Isso demonstra que, para que seja sentença, é indiferente saber qual o conteúdo do pronunciamento – se ele resolve, ou não, o mérito, por exemplo. Importa saber qual o seu efeito em relação ao procedimento em primeira instância: se põe fim a uma das suas fases, é sentença.

O § 1º do art. 203 ressalva “as disposições expressas dos procedimentos especiais”. É como se a definição de sentença ali contida valesse apenas para o procedimento comum, conclusão que é reforçada quando ali se vê que sentença é o pronunciamento que põe fim “à fase cognitiva do *procedimento comum*, bem como extingue a execução”.

O pronunciamento que põe fim à fase cognitiva de um *procedimento especial* não seria, então, sentença? Poderia ser chamado de outro nome pelo simples fato de referir-se a um procedimento especial?

O conceito de sentença é dado pelo direito positivo. O legislador poderia chamar de sentença dois pronunciamentos judiciais distintos. Mas isso seria inconveniente; terminaria por desorganizar o sistema dos pronunciamentos judiciais, o que refletiria negativamente na organização do sistema recursal. Daí a necessidade de buscar uma interpretação harmonizadora.

A ressalva do § 1º do art. 203 teve por objetivo chamar atenção de que alguns processos que tramitam sob rito especial estão divididos em mais de uma fase. O procedimento de demarcação de terras, por exemplo, prevê que, considerando procedente o pedido, o juiz proferirá sentença determinando o traçado da linha demarcanda (art. 581, CPC); transitada em julgado, a linha demarcanda será, então, efetivamente demarcada; após, será proferida nova sentença homologatória da demarcação (art. 587, CPC).

O mesmo ocorre com o procedimento de exigir contas: há uma sentença que delibera sobre a existência do direito de exigir contas (art. 550, § 5º, CPC) e há outra sentença que delibera sobre as contas prestadas (art. 552, CPC).

Sucedo que o processo que tramita sob o procedimento comum também pode desdobrar-se em mais de uma fase. Se, por exemplo, a sentença que encerra a fase cognitiva impõe um dever de prestação (pagar, dar, fazer ou não fazer), a satisfação do crédito será buscada numa nova fase processual – a fase executiva. Outro exemplo: se a sentença que encerra a fase cognitiva é ilíquida, uma nova fase cognitiva deverá ser iniciada para buscar a sua liquidação.

Não há, pois, mais de um conceito de sentença no CPC. Sentença, no procedimento comum ou nos procedimentos especiais, é o pronunciamento do juízo singular que encerra uma fase do processo, seja ela cognitiva ou executiva. Haverá tantas sentenças quantas sejam as fases do procedimento que se encerram.

Por outro lado, o art. 316 do CPC diz que “a extinção do processo dar-se-á por sentença”.

Mas é preciso ver que: (i) nem todo processo se extingue por sentença e (ii) nem toda sentença extingue o processo.

O processo pode-se extinguir por acórdão: se se trata, por exemplo, de uma ação de competência originária de tribunal, a decisão do órgão colegiado que extingue o processo é acórdão, não sentença. Pode-se ainda extinguir por decisão unipessoal de membro de tribunal: nessa mesma circunstância, se o relator indefere liminarmente a petição inicial e contra essa decisão não se interpõe agravo interno, o processo terá sido extinto por uma decisão unipessoal final.

Afora isso, nem toda sentença extingue o processo. Basta que contra ela se interponha recurso e o processo terá continuidade. Ou, em se tratando de sentença que impõe um dever de prestação, basta que se deflagre a fase de execução.

2.2.3. Decisão interlocutória

Decisão interlocutória é, de acordo com o § 2º do art. 203, todo pronunciamento com conteúdo decisório que não se enquadre na definição de sentença. Melhor seria que dissesse: é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório que não põe fim à fase do procedimento em primeira instância.

Tal como se dá com a sentença, para a identificação da decisão interlocutória não importa o seu conteúdo. Ela pode ter o mesmo conteúdo de uma sentença – baseando-se no art. 485 ou no art. 489. Assim, é possível que haja uma decisão que, nada obstante se funde em um desses artigos, não extinga o processo nem encerre uma de suas fases.

Os arts. 354, par. ún., e 356, CPC, confirmam a possibilidade de decisão interlocutória que tenha por fundamento qualquer das hipóteses dos arts. 485 e 489. Alguns exemplos: a) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (art. 485, I, c/c art. 354, p. ún.); b) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos

cumulados (art. 489, II, c/c art. 354, p. ún.); c) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 485, VI, c/c art. 354, p. ún.); d) decisão que julga parte do mérito de forma antecipada (art. 484, I, c/c art. 353) etc.

Note que a decisão interlocutória pode, então, em certos casos, resolver parte do mérito da causa de modo definitivo – apto à coisa julgada; assim, podem ser rescindidas por meio de ação rescisória (art. 966, CPC).

Sendo assim, tem-se que *sentença* é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não o mérito da causa, põe fim a uma fase (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância; já *decisão interlocutória* é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas.

2.3. As decisões proferidas em órgão colegiado

As decisões proferidas em órgão colegiado podem ser subdivididas em *acórdãos* e *decisões unipessoais*.

Acórdão é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório proferido por um órgão colegiado (art. 202, CPC). O CPC fala em “julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, mas não só os tribunais proferem julgamentos colegiados. As turmas recursais *não são* tribunais e, no entanto, são órgãos colegiados – portanto, proferem julgamentos colegiados. Os julgamentos colegiados das turmas recursais também recebem o nome de acórdãos.

Desse modo, o acórdão é a decisão de um órgão colegiado, seja ele um tribunal ou uma turma recursal. Recebe este nome porque para a sua formação concorrem as vontades dos vários membros que compõem o órgão colegiado. Assim, denomina-se de acórdão a decisão proferida, por exemplo, por qualquer dos órgãos fracionários que compõem um tribunal (Câmaras, Turmas, Seções, Corte Especial, Pleno etc.).

Há acórdãos finais e acórdãos interlocutórios. Os acórdãos *finais* têm aptidão para encerrar o procedimento perante o tribunal; os *interlocutórios* são aqueles que não possuem essa aptidão. O acórdão que examina o pedido de concessão de tutela provisória em ação direta de inconstitucionalidade é um acórdão interlocutório. A divisão é importante: o dever de observância da ordem cronológica de conclusão (art. 12 do CPC) somente se aplica para a prolação de acórdãos finais.

2.4. Decisões unipessoais proferidas em tribunal

Por vezes, contudo, a lei ou mesmo o regimento interno do tribunal confere a apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de

determinadas questões. Nesses casos, é possível que apenas um dos membros do colegiado profira uma decisão. Tem-se aí a *decisão unipessoal*, que é o pronunciamento proferido por apenas um dos membros do órgão colegiado, nos casos em que o admite a lei ou o regimento interno do tribunal.

Essa competência para decidir sozinho pode ser atribuída (a) ao Presidente ou ao vice-Presidente do tribunal, como acontece nos casos da competência para analisar o pedido de suspensão de segurança (art. 4º da Lei 8.437/1992); (b) ou ao relator de um recurso, da remessa necessária, de um incidente ou de uma ação de competência originária do tribunal.

Nos casos em que se atribui competência ao relator, a decisão unipessoal por ele proferida também poderá ser *interlocutória* ou *final*.

Haverá *decisão unipessoal final do relator* quando o pronunciamento, à semelhança do que ocorre com a sentença, tiver aptidão para, se não for atacado por recurso no momento próprio, pôr fim ao procedimento naquela instância. São exemplos: *i*) a decisão do relator que não conhece determinado recurso ou que, liminarmente, lhe nega provimento (art. 932, III e IV, CPC), *ii*) a decisão que, após as contrarrazões, dá provimento ao recurso sem levá-lo ao colegiado (art. 932, V, CPC), *iii*) a decisão pela qual o relator homologa a autocomposição das partes (art. 932, I, CPC); *iv*) indefere totalmente a petição inicial de uma ação de competência originária do tribunal.

Haverá *decisão unipessoal interlocutória do relator* quando o pronunciamento não tiver aptidão para pôr fim ao procedimento naquela instância. É o que se dá, por exemplo, com a decisão que aprecia pedido de tutela provisória nos recursos ou nos processos de competência originária de tribunal (art. 932, II, CPC), a que desconsidera a personalidade jurídica ou a que indefere a produção de uma prova.

3. A SENTENÇA COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

O fenômeno de atuação dos enunciados normativos no plano social comporta três momentos distintos¹: (i) o da formulação abstrata dos preceitos normativos; (ii) o da definição da norma para o caso concreto; (iii) o da execução da norma individualizada.

O primeiro momento (formulação abstrata dos preceitos normativos) é tarefa que cabe primordialmente ao Estado. Já a definição da norma concreta (a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência da norma abstrata), bem como a sua execução (transformação efetiva em fatos e

1. Baseado em ZAVASCKI, Teori Albino. "Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados", in *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 24 e seguintes.

comportamentos) são atividades que não demandam, necessariamente, atuação estatal.

Ao comprar uma revista numa banca, os sujeitos já identificam a norma jurídica individualizada (referente ao contrato de compra e venda), que é a que vai reger a sua relação jurídica; se o pagamento é feito e a coisa é entregue, ali já se promove a execução da norma individualizada. Tudo isso espontaneamente, sem necessidade de atuação estatal.

Quando, porém, a definição da norma individualizada ou a sua execução não se desenvolvem voluntariamente, há necessidade de intervenção estatal, o que se dá através da atuação do Estado-juiz – salvo, obviamente, se as partes submetem a definição desta norma individualizada à arbitragem, ou se trata de caso em que se admite a autotutela. Por exemplo: num acidente de trânsito, os envolvidos atribuem um ao outro a culpa pela superveniência da colisão, ou simplesmente discutem sobre os danos efetivamente causados. Aquele fato da vida ocorreu, sofreu incidência da norma jurídica abstrata, o que lhe atribuiu aptidão para gerar efeitos jurídicos. Só que um dos sujeitos enxerga a norma individualizada de uma forma e o outro, de outra. Controvertem, pois, quanto à sua identificação. Surgida esta crise de identificação, o Poder Judiciário ou o juízo arbitral definirá, por sentença – palavra aqui utilizada em sentido amplo –, o conteúdo da norma jurídica individualizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto.

Daí se dizer que a sentença é um ato jurídico do qual decorre uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais².

2. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.

Quando dá uma *interpretação à lei conforme a Constituição* ou reputa a lei inconstitucional, o juiz cria (reconstrói) uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão “norma jurídica” aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a norma geral que se lhes aplica. Identificada a norma geral aplicável (norma legal, por exemplo), ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, as razões de decidir, tema examinado no capítulo sobre o precedente judicial, neste volume do *Curso*.

Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”³, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”⁴.

É como afirma Humberto Ávila, reforçando o papel criativo do órgão jurisdicional:

“É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

4. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”⁵.

Perceba, então, que a normatividade da decisão jurisdicional revela-se em duas dimensões: cria-se a regra jurídica do caso concreto (extraível da conclusão da decisão) e a regra jurídica que servirá como modelo normativo para a solução de casos futuros semelhantes àquele (que se extrai da fundamentação da decisão).

O processo jurisdicional, como espécie de processo, é também um meio de produção de norma jurídica. *Sucedo que ele não produz apenas a norma jurídica do caso concreto, como se costumava imaginar. O processo jurisdicional também serve como modo de produção da norma jurídica geral construída a partir do exame de um caso concreto, que serve como padrão decisório para a solução de casos futuros semelhantes. O estudo do processo jurisdicional não pode prescindir desta constatação. A disciplina jurídica do processo deve sempre levar em conta que são dois os produtos normativos que podem advir de uma decisão judicial.*

Note, ainda, que a criatividade jurisdicional desenvolve-se dentro de dois limites.

O órgão julgador limita-se, por um lado, pelos enunciados normativos do direito objetivo (Constituição, leis, regulamentos etc.) e, por outro, pelo caso concreto que lhe foi submetido. Não pode ir além do caso – decidir fora do que foi pedido – nem decidir fora do Direito objetivo – dar uma solução que seja contrária ao Direito. Estes são os extremos daquilo que pode ser chamado de “zona ou área da criatividade jurisdicional”.

Em ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos, a norma jurídica individualizada criada pela decisão judicial é, também, uma norma geral, exatamente porque serve como suporte normativo para as pretensões individuais que, com base nela, serão veiculadas nas respectivas ações de liquidação. Não deixa de ser, por isso, também, uma norma individualizada, porquanto certifique a relação jurídica existente entre o réu da ação coletiva e a coletividade das vítimas.

4. ELEMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL

4.1. Introdução

O art. 489 do CPC dispõe sobre os elementos essenciais da sentença, isto é, as “partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os

5. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 34.

fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão”⁶. Embora se refira à *sentença*, esses são elementos essenciais a todo tipo de decisão judicial. Sentença aí é *gênero*.

4.2. Relatório

Em sua decisão, o órgão julgador precisa relatar os fatos da causa. *Relatório* é o histórico do que de relevante aconteceu no processo⁷. Ele é exigido não apenas nas sentenças e acórdãos, como dizia o art. 165 do CPC-1973⁸, mas em todo tipo de decisão judicial.

A intenção do legislador é exigir uma demonstração de que o órgão julgador efetivamente conhece a história do processo em cujo bojo está proferindo a decisão.

É fundamental, portanto, que o julgador indique os nomes das partes, a suma do pedido, da causa de pedir e da resposta apresentada pela parte demandada (art. 489, I, CPC). Importante ainda que aponte os principais fatos ocorridos no processo, como a apresentação de réplica, a intervenção de terceiro, a apresentação de parecer pelo Ministério Público, as ocorrências havidas nas audiências, os fatos fixados como controvertidos, as provas requeridas, admitidas e produzidas pelas partes e tudo o mais que houver e for relevante.

Trata-se, contudo, de elemento que vinha sendo, paulatinamente, menosprezado.

O art. 38 da Lei n. 9.099/1995, por exemplo, dispensa o relatório nas sentenças proferidas nos juzados especiais cíveis. A jurisprudência construída ao tempo do CPC-1973 vinha mitigando a exigência do relatório mesmo nas sentenças proferidas no procedimento comum, dispondo que a sua ausência não dava ensejo à invalidade da decisão caso disso não resultasse prejuízo para as partes. Admitia-se, também, a validade das decisões em que o magistrado se reportava ao relatório feito em outra decisão do processo, desde que isso, igualmente, não gerasse nenhum prejuízo às partes⁹ – é o chamado relatório *per relationem*¹⁰.

-
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.
 7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 66.
 8. Art. 165, CPC-1973. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.
 9. Ver, por exemplo: STJ, AG n. 451747, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.07.2002, publicado no DJ de 15.08.2002; STJ, AG n. 344.593, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.03.2001, publicado no DJ de 03.04.2001. Neste último julgado, a relatora afirma que “Se é possível aquilatar os fatos e as razões do indeferimento da inicial, afasta-se a alegação de nulidade por ausência de relatório”.
 10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 660.

Esse desprestígio do relatório tem de ser revisto.

Em um sistema que valoriza o precedente judicial, como o brasileiro, o relatório possui um papel relevantíssimo na identificação da causa e, com isso, dos fatos relevantes (*material facts*), sem os quais não é possível a aplicação do precedente judicial. Não se pode aplicar ou deixar de aplicar um precedente, sem saber se os fatos da causa a ser decidida se assemelham ou se distinguem dos fatos da causa que gerou o precedente. Daí a importância do relatório, onde deve estar a correta e minuciosa exposição da causa.¹¹

Uma observação sobre o processo legislativo do novo CPC é sintomática. Na versão do CPC aprovada na primeira fase de tramitação no Senado, em dezembro de 2010, a partir do relatório do Sen. Valter Pereira, o inciso I do art. 475 do substitutivo, correspondente ao inciso I do art. 489 da versão final, continha o adjetivo “sucinto” após “relatório”: o relatório *teria* de ser sucinto. Na Câmara dos Deputados, o adjetivo foi eliminado, exatamente pelas razões apresentadas neste texto, a partir de proposta de Daniel Mitidiero.

Pensando nisso, o CPC não repetiu o que dizia o art. 165 do CPC-1973, que apenas exigia o relatório nas sentenças e acórdãos.

4.3. Fundamentação

4.3.1. A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação

É comum o entendimento de que o convencimento judicial está fundado, sempre ou quase sempre, num juízo de verossimilhança. Esse entendimento se baseia na ideia de que a “verdade” é um ideal inatingível – e, por isso, não deve ser buscada como o objetivo do processo¹².

Como dissemos no capítulo sobre a teoria geral da prova, neste volume do *Curso*, é preciso revalorizar a verdade e redimensionar o seu papel no processo. A justiça de uma decisão, como bem lembra Michele Taruffo, não depende apenas de ela finalizar um processo que transcorreu de modo correto, com respeito a todas as garantias processuais e mediante interpretação e aplicação adequada do direito. Tudo isso é necessário, mas não suficiente para determinar a justiça da decisão. Afinal, nenhuma decisão pode ser considerada justa se, a

11. Percebeu o ponto, com argúcia, criticando o art. 38 da Lei n. 9.099/1995, TAVARES Jr., Eraldo Ramos. “Juizados Especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222, p. 201-219.

12. Remetemos ao que dissemos sobre a “prova e a busca da verdade”, no capítulo sobre teoria geral da prova e parte geral do direito probatório, neste volume do *Curso*.

despeito de tudo isso, estiver baseada numa reconstrução falsa, não verdadeira, dos fatos discutidos no processo¹³.

O problema é que essa concepção parte de uma noção absoluta de verdade – verdade real, suprema. Como dito por Taruffo, nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas. Toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela *relativa* a um determinado contexto¹⁴.

Por conta disso, prevalece a ideia de que o que se busca no processo é a “verdade possível”¹⁵, assim entendida aquela necessária e suficiente para que o juiz profira sua decisão de forma justa; mas, sempre e necessariamente, a *verdade*. É justamente aí que surge a necessidade da justificação da convicção do magistrado – e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão. “A motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção e da decisão”.¹⁶

Segundo lição de José Carlos Barbosa Moreira, “el Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia”.¹⁷

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas¹⁸. Ainda, porém, que não houvesse disposição constitucional expressa nesse sentido, o dever de motivar não deixaria de corresponder a um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.¹⁹ A regra da motivação compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal.

13. TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Revista de Processo* (versão eletrônica). São Paulo: RT, v. 154, dez/2007.

14. TARUFFO, Michele. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”, *cit*.

15. “A tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147-148).

16. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 457.

17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

18. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 176.

19. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de Direito Processual – 2ª série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7, p. 88-90. O próprio Barbosa

Uma curiosidade histórica: o art. 308 do Código de Processo Civil do Estado da Bahia impunha expressamente a necessidade de motivação: “Os motivos precisos da decisão, tanto de facto, como de direito, devem ser escrupulosamente consignados na sentença”.²⁰

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função.

Primeiramente, fala-se numa *função endoprocessual*, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Fala-se ainda numa *função exoprocessual* ou *extraprocessual*, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.

Eis o pensamento de Taruffo, “os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior (dell’impugnazione), mas também a opinião pública compreendida seja em sua complexidade, seja como opinião de *quisque de populo*. A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica ‘privada’ do controle exercido pelas partes e a ótica ‘burocrática’ do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica ‘democrática’ do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença foi deferida”.²¹

Perceber essa dupla função da motivação é fundamental. Assim, será mais fácil compreender porque a decisão judicial é um *duplo discurso*:²² um discurso para a solução do caso, dirigido às partes, e um discurso para a formação do precedente, dirigido à coletividade, como se tem dito ao longo deste *Curso*, em inúmeras oportunidades.

Moreira lembra que “una excepción curiosa es el derecho norteamericano: en los Estados Unidos, hasta la Corte Suprema, en ciertos casos, emite decisiones no fundamentadas” (“Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 108). Também nesse sentido, MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis*: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 134-140.

20. ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia Anotado*. Bahia, 1916, vol. 1, p. 577.

21. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 407, tradução livre. No original: “i destinatari della motivazione no siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*. La connotazione política di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica ‘privatistica’ del controllo esercitato dalle parti e l’ottica ‘burocratica’ del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica ‘democratica’ del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”.

22. MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206,

4.3.2. Racionalidade e controlabilidade

É na fundamentação que o magistrado resolve²³ as questões incidentais, assim entendidas aquelas que devem ser solucionadas para que a questão principal possa ser decidida. Daí se vê que é exatamente aqui, na motivação, que o magistrado deve apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise.

O CPC admite que a solução dada a determinadas questões incidentais se torne imutável e indiscutível pela coisa julgada: quando se tratar de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente, e forem satisfeitos os pressupostos indicados nos §§ 1º e 2º do art. 503. Voltaremos ao tema ainda neste volume do *Curso*, no capítulo dedicado ao estudo da coisa julgada.

O art. 371 do CPC exige que o magistrado, na apreciação da prova, justifique o seu convencimento – o tema foi examinado no capítulo sobre teoria da prova e parte geral do Direito probatório, neste volume do *Curso*. Essa necessidade de justificação tem o papel essencial de racionalizar a valoração dos elementos de prova, com uma análise judicial não meramente discricionária, subjetiva ou pessoal, senão adequada e ponderadamente motivada. O magistrado deve demonstrar que sua decisão em torno dos fatos e da prova se funda em bases racionais e idôneas, que a tornem minimamente aceitável socialmente, além de controlável²⁴.

Daí se dizer que a fundamentação da decisão deve caracterizar-se, dentre outros atributos, pela sua racionalidade e pela controlabilidade²⁵.

23. Não só as analisa, tal como sugere a redação do art. 489, II, do CPC; ele as resolve (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 118).

24. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 444 e 445; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 435. Diz-se que essa exigência de convencimento motivado (ou demonstração de persuasão racional) teria surgido em Roma, diante da necessidade de conter o arbítrio de um sistema de livre convicção, em pese só se tenha tornado conhecido com o advento dos códigos napoleônicos. A ideia é que a avaliação judicial se dê com base em “regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas)”. (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81-84). É também o sistema do Código de Processo Penal brasileiro (art. 155), ressaltando-se, contudo, o caso do Tribunal do Júri, em que prevalece a convicção íntima (art. 5.º, XXXVIII, Constituição Federal). Isso porque o jurado decide de acordo com a sua consciência, sem precisar motivar. Demais disso, o sigilo na votação e a incomunicabilidade, para além de preservar o jurado, evitam que um jurado influencie o outro, o que pressupõe que não exista motivação, só íntima convicção (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73-76). Entretanto, o instituto do júri não está a salvo de críticas dos penalistas, destacando-se aquela que acusa sua ilegitimidade exatamente pela absoluta falta de fundamentação, ainda mais quando se considera que a livre convicção autoriza que se julgue com base em qualquer elemento (inclusive, por princípio de religião), mesmo não constante nos autos: “Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143).

25. Trata-se de doutrina de Taruffo a ser sintetizada a seguir em poucos parágrafos (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47-50).

No que se refere à *racionalidade*, pode-se dizer que se trata da exigência de que a fundamentação da decisão seja um discurso justificativo, que deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, bem como aos princípios racionais do conhecimento empírico – o que é típico do direito e se dá no estilo da ética e das ciências sociais.

A motivação racional é, nesses termos, uma forma de controle do poder que é dado ao juiz de avaliar a prova, os fatos e os argumentos, forçando-o a explicar suas próprias escolhas. O seu principal objetivo é permitir o controle (também racional) dessa justificativa²⁶, evitando que se produza um discurso superficial (retórico) e vazio ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional²⁷. A decisão não deve ser encarada como resultado de adivinhação, de um jogo de dados ou da interpretação do “voo dos pássaros”, de acordo com o sugestivo exemplo de Michelle Taruffo²⁸.

26. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 436.

27. “Um primeiro ponto, talvez óbvio, mas necessário, é no sentido de que a decisão final sobre os fatos não deve ser concebida como o resultado de uma espécie de adivinhação. O juiz não decide interpretando o voo dos pássaros, examinando a posição de astrágalos ou observando o comportamento de um ‘pintinho envenenado’. A decisão não deve ser concebida nem mesmo como o resultado aleatório da sorte: o juiz não faz apostas, não participa de loterias e nem [...] decide lançando os dados. Por outro lado – e aqui vale a pena recordar sugestões já feitas anteriormente – a decisão sobre fatos não pode nem mesmo ser o resultado de uma intuição irracional, ou introspecção humana com a qual o juiz penetra nas profundezas mais recônditas de seu espírito para ressurgir com uma certeza subjetiva (talvez qualificada como ‘moral’ ou ‘absoluta’) impenetrável e misteriosa sobre a verdade dos fatos. Pelo contrário, sendo orientada para averiguação da verdade dos fatos, a decisão deve ser o resultado de um processo racional, que se realiza de acordo com as regras e princípios, ou seja, de acordo com um método que permita a controlabilidade e garanta a sua validade” (Tradução livre de: “Uma prima precisazione, forse ovvia ma necessaria, è nel senso che la decisione finale sui fatti non va concepita come l’esito de uma sorta di divinazione. Il giudice non decide interpretando il volo degli uccelli, esaminando la posizione degli astragali o osservando il comportamento di un pulcino avvelenato. La decisione non va concepita neppure come l’esito casuale della sorte: il giudice non fasciasse, non partecipa a lotterie, e neppure [...] decide lanciando i dadi. D’altronde – e qui vale la pena di richiamare accenni già fatti in precedenza – la decisione sui fatti non può essere neppure il frutto di una intuizione irrazionale, o di una introspezione con la quale il giudice penetra nelle pieghe più riposte del suo spirito per riemergere con una certezza soggettiva (magari qualificabile come ‘morale’ o ‘assoluta’) imperscrutabile e misteriosa, intorno alla verità dei fatti. Al contrario, essendo orientata all’accertamento della verità dei fatti, la decisione deve costituire il risultato di un procedimento razionale, che si svolge con regole e principi, ossia secondo un método che ne consenta la controllabilità e ne determini la validità.”) (TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 194) Por curiosidade: o astrágalo é um dos ossos do pé, em formato de cubo, e, na antiguidade, era utilizado pelos gregos para a consulta aos oráculos. É o precursor dos dados. A menção à consulta ao “pinto envenenado” remete ao ritual para a averiguação, por exemplo, da prática do adultério, feito pelo povo Azande, da África Central: envenena-se um pinto com uma substância tóxica e, em seguida o chefe da tribo consulta o oráculo (“Benge”): se o pinto, envenenado, vier a falecer, a prática do adultério restará comprovada. Assim, uma de três opções: ou o casal era realmente culpado; ou, embora inocentes, os dois não se sentem em condições de discutir com o chefe e com o oráculo; ou, embora inocentes, se convencem da culpa, “trusting the oracle more than their own memories”. (cf. CHASE, Oscar. *Law, culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 16-17.)

28. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 194.

Enfim, não se trata de uma exposição lógico-demonstrativa, muito menos retórico-persuasiva, mas, sim, uma que atenda aos requisitos de validade de uma argumentação prática, isto é, a congruência, a coerência, o emprego adequado da linguagem comum e jurídica, a observância de regras de inferência etc., explicitando, assim, os critérios utilizados, cuja racionalidade exige que sejam objetivamente aceitos e compartilhados²⁹.

Para que seja viável a *controlabilidade* da decisão, é necessário que a motivação seja compreensível, pública e acessível. E, para que seja passível de controle não só interno (pelas partes, advogados e tribunais), como também externo e difuso (da opinião pública), não deve ser estritamente elaborada em uma linguagem técnico-jurídica, só conhecida e alcançada pelo profissional do direito. Deve ser passível de entendimento e compreensão geral, permitindo um controle difuso e social dos seus termos por um auditório universal³⁰.

4.3.3. Integridade e coerência

O art. 926 do CPC impõe aos tribunais o dever de manter íntegra e coerente a sua jurisprudência. Há aí dois deveres: o de *integridade* e o de *coerência*. A condição mínima para que se possa dizer que a jurisprudência é consistente – isto é: íntegra e coerente – é estar ela lastreada em precedentes *bem fundamentados* (art. 489, §1º; art. 927, §1º).

A integridade e a coerência revelam-se, também, no enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente. Quanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, mais consistente (íntegra e coerente) ela é³¹.

O assunto será retomado, com mais profundidade, no capítulo sobre precedentes, neste volume do *Curso*.

29. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 243. Michele Taruffo manifesta, entretanto, em outra obra, sua preocupação com aquele que considera ser um problema fundamental: a dificuldade (ou impossibilidade) de identificar os critérios de racionalidade em que a motivação da decisão deveria inspirar-se. E isso seria uma consequência direta da falta de estudos em torno da discricionariedade na avaliação da prova em juízo e dos cânones de racionalidade que deveriam norte: “l’area del giudizio riconducibile al libero convincimento del giudice à stada di regola intesa, infatti, piú come il luogo típico della valutazione soggettiva e completamente incontrollabile, che come il campo di valutazioni non vincolate, ma accettabile in quanto sorrette da una giustificazione intersoggettivamente verificabile” (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, p. 444, 445 e 448).

30. “In un’accezione concreta e storizzata del termine, ossia al cittadino di media cultura nel luogo, nel tempo e nel contesto socio-culturali nel quale le decisione viene pronunciata” (TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione*, cit., p. 50). Daniel Mitidiero também reputa essenciais a *racionalidade* e a *controlabilidade* do discurso jurisdicional, acrescentando que o escopo da justificação é conduzir a “um grau significativo de aceitação da decisão” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 26).

31. Adapta-se a lição de Peczenik, que se refere à coerência (PECZENIK, Alexander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 133).

4.3.4. O conteúdo da fundamentação

É importante que o magistrado, ao expor os seus motivos, tenha em mente a tipologia das questões que precisa resolver³². A organização do seu discurso é essencial para conformá-lo às exigências de *racionalidade* e de *controlabilidade* de que falamos no item anterior.

É importante perceber que a fundamentação deve dar solução às questões de admissibilidade e de mérito relativas ao caso, e ainda às questões de fato e de direito. Essas categorias se entrelaçam: ao resolver as questões de admissibilidade, o magistrado se depara com questões de fato e de direito; o mesmo ocorre quando resolve questões de mérito.

Dentro de cada uma dessas categorias, é conveniente que a justificação trazida pelo juiz siga um caminho, um *iter* lógico: (i) primeiro se analisam as questões de admissibilidade, depois as de mérito; (ii) quanto a cada uma delas, primeiro se resolvem as questões de fato, depois as de direito.

Vejamos.

4.3.4.1. Fundamentação de admissibilidade e fundamentação de mérito

Inicialmente, deve o magistrado apreciar as questões processuais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício (respeitado o disposto no art. 10, CPC) e que eventualmente não tenham sido resolvidas em momento anterior. Se houver qualquer vício formal que impeça a análise do mérito, e desde que não se possa sanar esse vício, caberá ao juiz decretar a inadmissibilidade do procedimento – caso em que, se nada puder ser aproveitado, isso ensejará, como regra, a extinção do processo sem exame de mérito³³.

A decretação da inadmissibilidade será feita no dispositivo da decisão – elemento estrutural sobre o qual se falará mais adiante. Antes, porém, deve o julgador fundamentar a sua conclusão.

É preciso lembrar que o magistrado tem o *dever de examinar o mérito da causa*, só não o fazendo quando houver obstáculo intransponível. No volume 1 deste *Curso*, nos capítulos sobre as invalidades processuais e os pressupostos processuais, viu-se que, mesmo diante da falta de um requisito processual de validade, pode o

32. Sobre o tema, ver o capítulo sobre cognição judicial, no volume 1 deste *Curso*.

33. “Nem sempre o juízo de inadmissibilidade implica extinção do processo, como nas hipóteses de inadmissibilidade parcial do procedimento ou inadmissibilidade de procedimento incidental (reconvenção, por exemplo). Do mesmo modo, a inadmissibilidade decorrente da incompetência também não implica, como regra, a extinção do processo” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 298).

magistrado, não havendo prejuízo, ignorá-lo, para avançar e resolver o mérito da causa (art. 282, §2º, CPC).

O CPC reitera a regra no art. 488, que, não por acaso, está topologicamente mais próximo do art. 485. Trata-se de lição que não deve ser esquecida. A solução de mérito é o objetivo do processo, a sua própria razão de ser. O princípio da primazia da decisão de mérito impõe isso (art. 4º, CPC – sobre o assunto, ver capítulo sobre normas fundamentais do processo civil, no v. 1 do *Curso*).

Isso gera uma situação interessante: embora a *análise* das questões processuais (de admissibilidade) deva *preceder* a análise das questões de mérito, a *solução* a ser dada às questões processuais pode, em certos casos, ser *posterior* à solução das questões de mérito. Se, por exemplo, o juiz perceber que pode julgar o mérito a favor do réu, não deve decretar a inadmissibilidade do procedimento; se perceber que pode rejeitar a reconvenção, não deve inadmiti-la.

Alguém poderia, então, dizer que toda decisão que, por exemplo, decreta a inadmissibilidade do procedimento contém um recado: se a questão principal fosse analisada, seria julgada favoravelmente a quem deflagrou o procedimento – não fosse assim, dir-se-ia, o juiz optaria por extinguir o procedimento *com* resolução de mérito em favor da contraparte. Mas o argumento não é verdadeiro, já que o art. 488 do CPC determina que o juiz examine o mérito *desde que possível* – e casos há em que simplesmente não lhe é possível antever o resultado do julgamento de mérito.

Não havendo questões processuais a resolver, ou tendo apreciado e rejeitado aquelas que se apresentaram, deve o magistrado passar à análise das questões de mérito, que, assim como as questões de admissibilidade, podem ser questões de fato ou de direito.

4.3.4.2. Fundamentação de fato e fundamentação de direito

Tanto quanto às questões de admissibilidade como quanto às questões de mérito, cabe ao juiz, em cada caso, analisar as questões de fato e, na sequência, as questões de direito.

Analisar questão de fato é, sobretudo, analisar as provas aportadas ao processo³⁴. É aqui, por exemplo, que o julgador deve analisar se há comprovação de tramitação simultânea de demandas idênticas (questão de fato relativa à admissibilidade) e se estão presentes os elementos que dão ensejo à responsabilidade civil subjetiva extracontratual (conduta, culpa, nexo e dano), numa ação indenizatória,

34. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 111.

bem como a relação de parentesco e a questão relativa à necessidade/possibilidade, na demanda por alimentos (questões de fato relativas ao mérito).

Na análise do material probatório, o magistrado deve, antes mesmo de verificar se há uma ligação entre a prova produzida e a alegação de fato que ela visa demonstrar, avaliar a própria credibilidade da prova³⁵. Entendendo que ela carece de credibilidade – por exemplo, porque a testemunha foi contraditória em seu depoimento ou porque o perito não demonstrou apuro técnico em sua investigação pericial –, deve expor essa circunstância, cuidando de apontar os elementos que o levaram a tal conclusão.

Nos casos em que tenha havido, no processo, produção de prova indiciária, ganha ainda mais relevo a necessidade de justificação que se impõe ao julgador, na medida em que esse tipo de prova, como se viu no capítulo relativo à teoria geral da prova, é dirigido à demonstração de fatos secundários (indícios) que apontam para a existência ou inexistência de um fato principal, assim entendido aquele cuja ocorrência, efetivamente, se pretende demonstrar.

A conclusão acerca da existência, ou não, desse fato principal decorre de atividade intelectual do julgador (presunção), a partir da observação do que normalmente acontece (regras de experiência). Importante, assim, que o magistrado exponha o caminho trilhado para chegar à conclusão acerca do fato principal, baseando-o nos elementos indiciários, a fim de que se possa controlar essa sua atividade.

Se o órgão julgador observa que um determinado fato, ao final da instrução, não ficou comprovado, seja porque as partes não produziram provas que o demonstrassem, seja porque essa demonstração não foi alcançada nem mesmo após a iniciativa probatória oficial do juiz (art. 370, CPC), entram em cena as regras sobre ônus da prova, que, como já visto, são, em determinada perspectiva, regras de julgamento.

Portanto, as regras sobre ônus da prova aplicam-se, indistintamente, às alegações de fato relacionadas à admissibilidade e ao mérito. Se o recorrido afirma que o recorrente praticou ato incompatível com a vontade de recorrer (questão relativa à admissibilidade recursal), mas não o prova, aplicam-se-lhe as consequências da inobservância do ônus da prova. O §3º do art. 1.018 do CPC expressamente prevê um caso de prova da falta de preenchimento de um requisito de admissibilidade do agravo de instrumento.

Analisadas as questões de fato e estabelecidas as premissas acerca do que ficou, ou não, demonstrado, cumpre ao magistrado apontar (a) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (b) quais os efeitos que dessa incidência

35. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4 ed., cit., p. 464.

podem ser extraídos. É também aqui que deve o juiz (c) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (d) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado.

Trata-se da análise das *questões jurídicas* – que tanto podem dizer respeito à admissibilidade quanto ao mérito.

Por se tratar de questões de direito, é possível que delas o julgador conheça até mesmo *ex officio*³⁶, observado o dever de consulta às partes, manifestação do contraditório e do modelo cooperativo de processo (art. 10, CPC – sobre o tema, ver o v. 1 deste *Curso*).

Assim, pode ele, por exemplo, dar à situação fática narrada na demanda (e comprovada nos autos) qualificação jurídica diversa daquela proposta pelo autor. É o que ocorre quando o autor ingressa com ação buscando anular negócio jurídico e, como fundamento, alega determinada situação de fato que, a seu ver, configuraria estado de perigo (art. 156, Código Civil); nesse caso, se a situação de fato restar comprovada, mas o magistrado observar que ela se subsume a outra hipótese normativa – relativa à lesão, por exemplo (art. 157, Código Civil) –, poderá, perfeitamente, acolher o pedido formulado, conferindo àqueles mesmos fatos uma qualificação diversa da que se propusera na inicial, porque a lesão, assim como o estado de perigo, é vício que pode dar ensejo à anulação do negócio (art. 171, II, Código Civil). Toda essa digressão, relativa ao correto enquadramento jurídico dos fatos narrados (e comprovados) nos autos, deverá ser feita na fundamentação da decisão.

Mas, para fazer essa correção do enquadramento normativo, o juiz deve observar o art. 10 do CPC (enunciado n. 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

a) Cabe ao magistrado identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto. Texto e norma não se confundem. A norma é o sentido que se extrai do texto³⁷⁻³⁸,

36. Ver o capítulo sobre teoria da cognição judicial, no vol. 1 deste *Curso*.

37. Nesse sentido: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53 e 54; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4 ed. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 73 e 74; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22; CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8 e 9; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 233; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26 e 27. Falando da norma como sentido construído, ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

38. Mas nem sempre a norma é extraída de um texto. Pode ser extraída de gestos, placas de trânsito, desenhos etc. Nesse sentido: VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37 ss.

mediante interpretação. As “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”³⁹. Portanto, o texto (dispositivo) legal é o *objeto* da interpretação; a norma, o *resultado*.

Exemplo do que aqui se diz é a norma jurídica decorrente dos arts. 141 e 492 do CPC: esses dois dispositivos, uma vez conjugados, dão corpo à regra da congruência objetiva e subjetiva.

Necessário o cuidado de indicar *por que* a norma jurídica incide no caso concreto, expondo *se e de que modo* está preenchida a hipótese de incidência descrita no texto ou, em se tratando de princípio jurídico, explicando *se e de que modo* a finalidade buscada deve ser concretizada no caso concreto.

A mera transcrição do texto normativo, sem maiores explicações, implica, conforme veremos adiante, ausência de fundamentação (art. 489, § 1º, I, CPC).

Pode ser que a norma jurídica aplicável seja um *precedente judicial*. Nesse caso, veremos que a mera transcrição do precedente, sem a realização do confronto entre o caso concreto e o precedente, constitui falta de fundamentação (art. 489, § 1º, V, CPC).

b) Cumpre ao julgador também, ao apreciar as questões jurídicas, verificar se dos fatos demonstrados nos autos se extraem consequências jurídicas pretendidas pela parte. Nem sempre a demonstração, pela parte, das suas alegações de fato é suficiente para que se lhe possa reconhecer o direito ao acolhimento da sua pretensão.

Se a parte autora, por exemplo, narra e comprova que o réu cometera adultério e pede, com base nisso, a anulação do casamento, decerto que o seu pedido será julgado improcedente, porque do fato narrado – ainda que comprovado – não se pode extrair exatamente *esta* consequência (anulação do casamento). A conclusão quanto à improcedência da demanda constará do dispositivo da decisão, mas a digressão acerca da impossibilidade de se extraírem as consequências jurídicas pretendidas, isto é, a exposição do raciocínio jurídico traçado pelo julgador deverá constar da motivação da decisão.

c) É também na fundamentação que o órgão jurisdicional deve deliberar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, caso a questão seja suscitada pelas partes ou mesmo analisada de ofício – o que é possível, por se tratar, como dito, de questão de direito.

Sabe-se que no nosso sistema qualquer magistrado pode conhecer da questão relativa à inconstitucionalidade de um ato normativo, mas a solução que der a essa

39. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

questão somente valerá, a princípio, para aquele caso concreto, não se estendendo às pessoas que não participaram do processo⁴⁰.

Quando se tratar de decisão proferida por tribunal, a solução acerca da questão da inconstitucionalidade, que comporá a motivação do acórdão, necessariamente tem que ser dada por voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97, CF).⁴¹

d) O § 2º do art. 489 determina que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O dispositivo cuida de como o juiz deve agir, e o que deve constar na sua decisão, quando ele se deparar com um *conflito normativo*.

O primeiro passo é saber se se trata de conflito entre *regras* ou entre *princípios*.

Segundo Alexy, para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra⁴², ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre “juízos concretos de dever-ser”, se ela não pode ser sanada com a inserção de uma “cláusula de exceção” em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada⁴³.

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado⁴⁴. Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o

40. Nos casos em que a discussão sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo é posta como questão a ser decidida *principaliter*, como objeto do processo, os efeitos dessa decisão se estendem mesmo a quem dele não foi parte. Mas isso somente pode ocorrer por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade, cuja análise compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” e § 1º, CF). Há uma tendência, porém, de dar às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade uma eficácia vinculativa, semelhante à que se empresta às decisões em ADIN e ADC. Sobre o tema, ver o capítulo sobre o recurso extraordinário, no v. 3 deste *Curso*.

41. A questão é solucionada através do chamado “incidente de arguição de inconstitucionalidade”. Ver, sobre o assunto, o v. 3 deste *Curso*.

42. O que corresponderia à invalidez parcial dessa regra, diz SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

43. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e 93.

44. Muito embora o autor admita que princípios possam ser absolutamente incompatíveis em abstrato, impondo-se um deles seja expurgado da ordem jurídica, por invalidez (ex. segregação racial). Na verdade, a discussão em torno da invalidez determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão em concreto, no interior do ordenamento (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 110 ss.).

princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro⁴⁵ – caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

Humberto Ávila questiona essa diferenciação⁴⁶. Ele entende que a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”⁴⁷.

Mas Ávila defende que os princípios estruturantes, aqueles que prescrevem o âmbito e o modo da atuação estatal, não podem ser afastados no caso concreto, após um juízo de ponderação, em razão da colisão com outro princípio. “Toda atuação estatal, e não apenas uma parte dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas”, deve observar os princípios do Estado de Direito, da separação de poderes, do pacto federativo, do sistema democrático e do regime republicano etc.⁴⁸ Tais princípios funcionam como “condição estrutural” da atuação estatal. O princípio do devido processo legal é um deles.

Por outro lado, Ávila entende que nem mesmo o sopesamento é exclusivo dos princípios; as regras também possuem uma dimensão de peso. Prova disso seriam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o seu sentido em função dos valores e fins a que elas visam resguardar⁴⁹. A dimensão de peso não é algo inato à norma, mas uma qualidade das razões e dos fins a que ela se refere e que é atribuída a partir de um juízo valorativo do aplicador.

Como quer que seja, o importante é que, qualquer que seja a técnica utilizada para superar o conflito normativo, ela exige do juiz uma *justificação*. Não basta dizer, por exemplo, que uma regra constitui exceção do que diz a outra, ou que, no caso concreto, um determinado princípio deve prevalecer sobre outro. É preciso que se justifique, no caso da regra excepcional, *por que* se trata de exceção – e não,

45. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 93 e 94.

46. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52 ss.

47. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 58-59.

48. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.126

49. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 59.

por exemplo, de revogação; no caso do princípio, *por que* o caso concreto exige a aplicação de um, e não de outro.

4.3.5. Decisão sem fundamentação

4.3.5.1. Ausência de fundamentação e fundamentação deficiente

A ausência de fundamentação implica a invalidade da decisão (art. 93, IX, CF). Mas a decisão não é inválida apenas quando lhe falta motivação – aliás, é bem difícil que uma decisão esteja completamente desprovida de fundamentação. A fundamentação inútil ou deficiente, assim entendida aquela que, embora existente, não é capaz de justificar racionalmente a decisão, também vicia o ato decisório.

“Pode dizer-se, que há, *grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise:

1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. *Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença*”.⁵⁰

A inutilidade ou deficiência da fundamentação equivale à ausência de fundamentação. Justamente aí está a relevância do § 1º do art. 489: ele relaciona alguns exemplos de situações em que a decisão, porque deficientemente justificada, considera-se *não-fundamentada*.

Vejamos.

4.3.5.2. Exemplos de decisões não-fundamentadas (art. 489, § 1º, CPC)

O art. 489, § 1º, do CPC traz inovação muito importante. Embora o seu conteúdo já pudesse ser extraído do dever de fundamentar que decorre da Constituição Federal, é bastante salutar que agora algumas hipóteses em que se considera *não-fundamentada* a decisão judicial estejam previstas no texto legal. Isso permite um controle mais efetivo dos pronunciamentos judiciais, reduzindo a margem de subjetividade quanto à percepção do que é e do que não é uma decisão fundamentada⁵¹.

Esse dispositivo tem significativa importância prática. Ele se aplica a todo tipo de pronunciamento judicial com conteúdo decisório, qualquer que seja o

50. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 276.

51. “Antes não havia tal parâmetro, ficando ao Judiciário a aptidão de, no caso concreto, estabelecer o que era ou não uma decisão fundamentada. Permanece assim. O que houve é que agora o legislador está, no projeto, ampliando semanticamente o espectro do que seria uma decisão fundamentada, atentando para uma melhor e máxima efetivação da garantia constitucional, otimizando-a”. (SILVA, Becloute Oliveira. *Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 195)

procedimento⁵². Afora isso, “aplica-se o art. 489, § 1º, a todos os processos pendentes de decisão ao tempo da entrada em vigor do CPC” (enunciado n. 308 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

As hipóteses descritas nos incisos do art. 489, § 1º, do CPC são *exemplificativas*⁵³, na medida em que elas visam a concretizar um direito fundamental – o direito à motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF)⁵⁴. O rol não poderia, por isso, ser considerado taxativo. Isso significa que há outras situações em que a decisão, a despeito de conter motivação, considera-se não-fundamentada.

4.3.5.2.1. Decisão que se limita à indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (art. 489, § 1º, I)

Durante muito tempo, calcado na pretensão universalizante da lógica formal, o pensamento dogmático, sobretudo na seara processual, tendeu a afirmar que toda decisão judicial contém um silogismo, porque é composta de uma premissa maior (a lei), de uma premissa menor (os fatos trazidos no caso concreto) e de uma conclusão lógica (solução). Ou seja: a solução do problema seria uma pura e quase automática decorrência da incidência da lei sobre os fatos concretos. Como se o magistrado fosse um autômato e toda solução viesse adrede preparada e embalada, no texto da lei.

Mas as coisas não são bem assim.

Para decidir, o julgador precisa interpretar. Precisa interpretar as alegações de fato que compõem as causas de pedir e de defesa, e precisa interpretar também os enunciados normativos em que os fatos alegados supostamente se enquadram. Para dizer *sim* ou *não*, *verdadeiro* ou *falso*, *certo* ou *errado*, o juiz precisa, necessariamente, extrair da expressão (significante) um sentido (significado)⁵⁵.

Nesse cenário, o *texto normativo* – ou *enunciado* ou ainda *ato normativo* – é expressão. A *norma*, como já vimos, é o sentido que se extrai do texto. Essa

52. O enunciado n. 309 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe que “O disposto no § 1º do art. 489 do CPC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais”

53. Neste sentido, o enunciado n. 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas”.

54. Concordamos com Beclaute Oliveira Silva, no sentido de que não é possível estabelecer, em abstrato, uma demarcação integral do que se considera uma decisão fundamentada: “Por essa razão, andou bem o legislador projetista ao indicar situações que implicariam não fundamentação. Ele não limita o conteúdo semântico da fundamentação, mas aponta para aquilo que não seria, para o legislador pátrio, uma decisão fundamentada. Mais. Toma por critério uma regra hermenêutica importante, já que, como relatado, materializa e potencializa ao máximo o preceito constitucional” (SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem, cit., p. 196).

55. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Ed Cultrix, s/d, p. 81.

atribuição de sentido exige interpretação. Assim, em maior ou menor medida, o juiz precisa *interpretar* o texto normativo para dele extrair a norma jurídica.

As alegações das partes, das testemunhas, as informações contidas nos documentos, nos laudos periciais ou aquelas que emanam do objeto ou pessoa inspecionados, as condutas dos sujeitos processuais também são expressão. Atribuir sentido a isso também é interpretar⁵⁶.

Toda interpretação, por sua vez, é impregnada de valoração⁵⁷. O aplicador da lei, porque é um ser histórico e cultural, não consegue desvencilhar-se das suas pré-compreensões e dos valores que lhe informam o espírito, o que termina por conferir forte carga subjetiva e axiológica ao ato interpretativo⁵⁸. Como bem ilustra Mauro Cappelletti, “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa”⁵⁹. Assim, o sentido, fim último do ato interpretativo, não é algo dado, algo que “está lá” à espera de uma luz que o ilumine e revele. É, isto sim, algo construído em razão do próprio ato interpretativo.

Mas isso não quer dizer que o texto normativo não tenha uma consistência mínima ou sentido normativo que preceda sua interpretação. Aquele que cria o enunciado lhe confere um sentido que deve determinar a atividade daquele que o interpreta. O enunciado legislativo, por exemplo, carrega consigo um significado pré-concebido pelo legislador, assim como o conteúdo da sentença do juiz e do contrato selado entre suas partes. Não é só ao final do processo de interpretação que surge a norma jurídica, há um sentido normativo prévio a ser considerado e reconstruído.

Cabe, assim, questionar se só há, de fato, norma (enquanto significado) após a interpretação. O significado dá-se em parte antes e

56. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., interpretar é “selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 260).

57. Cf. COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 100-101. Daniel Mitidiero lembra que “a interpretação acarreta sempre uma *escolha* do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis. [...] A interpretação do Direito admite a obtenção de uma *pluralidade de significados*, dada a equivocidade da linguagem jurídica (“*legal language is vague*”) e a inevitável necessidade de *escolhas* para a determinação do seu sentido normativo (“*legal reasoning includes value judgements*”). (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, cit., p. 58).

58. “A interpretação dos textos legais e dos fatos faz-se em conformidade com a concepção que se tenha do direito, expressa, implícita ou propositadamente oculta. É preciso deixar claro que o processo hermenêutico sofre decisiva influência de uma idéia prévia que o intérprete tenha do direito, da vida e dos interesses em questão” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 30).

59. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 22.

em parte depois da atividade interpretativa.⁶⁰ Há algo que preexiste e limita o intérprete e algo que só depois se constrói e o liberta. Por isso, cai bem dizer que a interpretação reconstrói, dentro de limites preexistentes.

Cumprido o chamado *roteiro semasiológico* – processo de atribuição de sentido às alegações de fato e ao texto normativo –, é preciso analisar *se e de que modo* a norma jurídica extraída do texto incide sobre aqueles fatos.

Todo esse caminho cognitivo costuma ser percorrido muito rapidamente. A questão é que nem sempre o magistrado expõe, de modo racional e controlável, as suas ilações – e é exatamente aí que entra a importância do inciso I do § 1º do art. 489: ele serve para alertar ao juiz que ele precisa *expor*, em seu pronunciamento decisório, a interpretação que fez dos fatos, das provas, da tese jurídica e da norma jurídica que lhe servem de fundamento – e, principalmente, expor a relação que entende existir entre os fatos e a norma⁶¹.

É natural supor que quanto mais aberto for o texto, mais se exigirá do juiz em termos de justificação. Se a norma jurídica incidente é uma *regra*, tende a ser menos trabalhosa a justificação da sua incidência no caso concreto, bastando que ele investigue se os fatos tidos por ocorridos se subsomem à hipótese normativa abstrata descrita. Se a norma jurídica incidente é um *princípio*, a justificação tende a ser mais trabalhosa, dada a natural abertura semântica dos seus termos. Se o enunciado normativo contém conceitos indeterminados ou constitui cláusula geral, a justificação deve ser ainda mais criteriosa.

O que não pode é o magistrado simplesmente repetir o texto normativo, ou parafraseá-lo, deixando aos destinatários do ato decisório a tarefa de *intuir* o raciocínio de subsunção que ele, juiz, fizera. “Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa do julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha”⁶². Tal decisão se considera não-fundamentada, ainda que contenha alguma fundamentação.

Exemplo de decisão não-fundamentada: “Nos termos do art. 186 do Código Civil, ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência

60. Cf. BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell'ideologia neosceittica. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (org). G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014, p. 5 ss.

61. “Um alerta deve ser dado, entretanto. Tal prescrição deve ser analisada sempre no caso concreto, já que haverá situações em que a mera menção ao texto legal será suficiente para satisfazer o comando constitucional” (SILVA, Beclauete Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem, cit., p. 197). O autor dá o exemplo da conciliação e da extinção de uma execução em decorrência de pagamento do débito: “Em casos como esse, basta uma fundamentação concisa” (idem, *ibidem*).

62. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262.

ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Por sua vez, o art. 927 do Código Civil diz que 'Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo'. Sendo assim, presentes o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade, defiro o pedido e condeno o réu a pagar X".

4.3.5.2.2. Decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, II)

Nessa tarefa de aplicar o ordenamento, averiguando se, efetivamente, houve subsunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos que trazem expressões vagas, de conteúdo semântico aberto. Falamos dos textos normativos que contêm *conceitos jurídicos indeterminados*, assim entendidos aqueles compostos por termos vagos, de aceção aberta, que, por isso mesmo, exigem um cuidado maior do intérprete/aplicador quando do preenchimento do seu sentido.

Os enunciados normativos estão repletos desses conceitos vagos: "tempo razoável" (art. 6º, CPC), "bem comum" (art. 8º, CPC), "excessivamente onerosa" e "extrema vantagem" (art. 478, Código Civil⁶³), "proceder de modo temerário" (art. 80, V, CPC), "interesse público" (art. 178, I, e art. 947, § 2º, ambos do CPC), "preço vil" (art. 891, CPC), "grande repercussão social" (art. 947, CPC), "repercussão geral" (art. 102, § 3º, CF), dentre outros exemplos.

O fenômeno da textualização normativa aberta busca atender à necessidade de construção de enunciados normativos de tipicidade e alcance amplo e flexível, que se amoldem mais facilmente ao caso concreto e acompanhem a inevitável evolução social e valorativa que se dá com o passar do tempo. O texto normativo composto por conceitos indeterminados tende a durar mais tempo, atendendo a um número maior de casos, presentes e futuros; tende a adaptar-se mais facilmente a novas realidades; tende, enfim, e justamente por isso, a propiciar um ganho normativo ao sistema jurídico, em termos de justiça e coesão⁶⁴.

"Um bom exemplo é a expressão 'meios de comunicação idôneos'.

Norma que contenha esta expressão já disse respeito ao telegrama, ao telex, ao fax; hoje significa facebook, e-mail etc."⁶⁵

63. Art. 478, Código Civil. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

64. Cf., ROSELLI, Federico. *Clausole generale: l'uso giudiziario. Politica del diritto*. Bologna, n. 4, 1988, p. 670-672.

65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*, cit., p. 278.

A indeterminação do texto normativo pode ater-se apenas aos conceitos e termos que compõem a hipótese fática abstratamente prevista (ou hipótese de incidência), ou pode ir além, atingindo também a consequência jurídica da incidência normativa. Quando isso acontece, temos as chamadas *cláusulas gerais*.

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Ela se caracteriza por apresentar um grau de indeterminação *maior* que o texto normativo que contém apenas conceitos indeterminados. Isso porque ela, além dos conceitos vagos que compõem a sua hipótese de incidência, é indeterminada também quanto à consequência jurídica da própria incidência.

Em outras palavras, no enunciado que contém conceito indeterminado, só há escolha de conteúdo (sentido) a ser atribuído ao termo vago⁶⁶; nas cláusulas gerais, há discricionariedade e poder de escolha não apenas de conteúdo (sentido a ser atribuído aos termos vagos que a compõem) como também de efeitos⁶⁷.

São exemplos de *cláusulas gerais* o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), a cláusula geral executiva (art. 536, §1º, CPC), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 805, CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC), a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, p. único, CPC), a cláusula geral de equidade no procedimento dos juizados especiais (art. 6º, Lei n. 9.099/1995) etc.

A técnica de textualização normativa aberta contrapõe-se à técnica casuística⁶⁸.

Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em *cláusulas gerais* e em enunciados contendo *conceitos indeterminados* (que

-
66. ÁVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 436.
67. Reconhecem aí atitude discricionária: MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1190-1192; HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 37, 2009, p. 24. Negam essa discricionariedade judicial: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299; COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 179-180, 1990, p. 53; ÁVILA, Humberto Bergman. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*, cit., p. 435.
68. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. J. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 228-229. "A casuística, também dita *técnica da regulamentação por fattispecie*, é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente, percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados". (MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um 'sistema em construção'. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7.) Assim, também, MENGONI, Luigi. "Spunti per una teoria delle clause generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 9.

causariam uma sensação perene de insegurança), tampouco há ordenamento exclusivamente estruturado em *regras casuísticas* (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies⁶⁹.

A existência de enunciados que contenham conceitos indeterminados ou que constituam cláusulas gerais exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão. Não basta que transcreva o enunciado, afirmando que ele se aplica ao caso concreto – aliás, conforme visto linhas atrás, isso não basta nem mesmo quando se tem enunciado composto de termos determinados ou mais facilmente determináveis (art. 489, § 1º, I). Espera-se que o juiz enfrente a abertura do texto, determinando o seu conteúdo no caso concreto⁷⁰.

Um exemplo do que não se pode fazer: “Considerando que o réu, ao exercer o seu direito potestativo de resolução contratual, assim o fez excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187, Código Civil), entendo que houve abuso de direito da sua parte [...]”.

Além de revelar o que compreende daquela noção vaga, considerando dados sistemáticos (ex. precedentes, outros dispositivos de lei correlacionados, ditames principiológicos) e extra-sistemáticos (ex. usos, costumes, *standards*⁷¹, padrões valorativos)⁷², deve o magistrado indicar as razões concretas que justificam sua aplicação ao caso.

As cláusulas gerais, em especial, impõem desafio cognitivo e interpretativo mais intenso para o magistrado, exigindo criatividade mais aguçada⁷³, caso em que se reconhece o exercício de poder caracteristicamente discricionário, com a produ-

69. MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”, cit., p. 7.

70. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 120.

71. Os autores anglo-americanos definem o *standard* como um tipo de “norma geral” do direito que se refere a concepções e condutas do tráfico normal, que são consideradas razoáveis. Para Esser seria, contudo, uma técnica de formação de normas, que fornece um critério de decidir a partir da remissão às concepções vigentes de valor, dever ou diligência. Seria o caso dos *standards* do “comerciante ordenado”, da “lealdade no trabalho” etc., que determinam, cada um no seu âmbito, o “grau de tolerância jurídica” (ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 123 ss.).

72. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um ‘sistema em construção’*, cit., p. 2-3; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit. p. 274; ÁVILA, Humberto Berggman. Subsunção e concreção na aplicação do direito, cit., p. 430 ss.

73. MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: Edições Jus Podivm, 2006, p. 34; DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 187, 2010, p. 73.

ção de decisão que se tem chamado de “determinativa”⁷⁴ – e que exige uma fundamentação muito mais cuidadosa, afinal, o julgador, como intérprete e aplicador, irá deparar-se com texto de linguagem extremamente aberta e vaga, que não define pontualmente a hipótese, tampouco suas consequências, e que comporta não só uma vastidão de significados como também uma variedade de efeitos.

As cláusulas gerais exigem *concretização* em vez de *subsunção*⁷⁵. “Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de ‘individualizar’ até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na ‘subsunção’. Quanto ‘mais complexos’ são os aspectos peculiares do caso a decidir, ‘tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção’⁷⁶.

O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução⁷⁷, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente⁷⁸. As cláusulas gerais servem para a realização da *justiça do caso concreto*⁷⁹; *revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”*⁸⁰.

Pode-se ver exemplo de situação em que cabe ao juiz justificar o preenchimento de conceitos indeterminados no procedimento de interdição. Na sentença de interdição, deve o juiz fixar os limites da curatela, observando “o estado e o desenvolvimento mental do interdito” (art. 755, I, CPC). Para nomeação do curador especial e para a fixação dos limites da interdição, o juiz levará em consideração “as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências” (art. 755, II, CPC).

-
74. ARAÇÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. *Revista de processo*, São Paulo, n. 2, 1976, p. 159-160. Trataremos do tema mais adiante.
75. DIDIER JR. Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, cit., p. 73.
76. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150, com base nas lições de Schönfeld.
77. ÁVILA, Humberto Bergmann. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, cit., p. 429-430; MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 103, p. 79.
78. MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um ‘sistema em construção’*, cit., p. 7; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27.
79. Tratando das cláusulas gerais, diz Teresa Arruda Alvim Wambier que a cláusula geral não se refere de maneira minuciosa a fenomenologia social a que diz respeito, apontando exclusivamente as características mais marcantes da situação empírica em que a norma deve incidir. Numa cláusula geral há sempre valores incorporados e elas exercem o papel de “poros” ou de janelas abertas para a mobilidade da vida em sociedade. Está-se, aqui, portanto, segundo a autora, diante de um fenômeno mais complexo do que a inclusão de conceitos vagos na norma. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009, p. 161).
80. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

O interdito é uma pessoa com alguma deficiência cognitiva; nem sempre sofre de um transtorno mental que o incapacite completamente; basta pensar nos exemplos da interdição de toxicômano ou de portador de Síndrome de Down. Por isso, o interdito muita vez tem e revela a sua vontade e as suas preferências, além de possuir seus talentos. Tudo isso deve ser observado pelo juiz, seja na nomeação do curador, seja na definição dos limites da curatela. Na fundamentação da sentença, deve ele especificar de que modo concretizou esses critérios, que são conceitos jurídicos indeterminados.

4.3.5.2.3. Decisão que invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III)

“Estamos todos acostumados, entretanto, neste nosso País, que não cobra responsabilidade de ninguém, a certos modos de dizer de magistrados levianos que fundamentam seus julgados com expressões criminosas, como estas: ‘atendendo a quanto nos autos está fartamente provado’, ‘considerando a robusta prova dos autos’, ‘atendendo ao que disseram as testemunhas’ e outras leviandades dessa natureza, que, se fôssemos apurar devidamente, seriam, antes de leviandades, demonstrações flagrantes de arbítrio e de desprezo à exigência constitucional de fundamentação dos julgados, uma bofetada na cara dos ‘cidadãos de faz-de-conta’ que somos quase todos nós”.⁸¹

A motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo “*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela provisória*”, ou simplesmente “*defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*”, ou ainda “*indefiro o pedido, por falta de amparo legal*”.

Essas decisões não atendem à exigência da motivação. Trata-se de tautologias⁸² ou, numa irreverente imagem trazida por Teresa Wambier, trata-se de “decisão judicial tipo ‘vestidinho preto’”⁸³ – que, exatamente por isso, não se pode considerar fundamentada.

O magistrado tem necessariamente que dizer *por que* entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela provisória; tem que dizer *de que modo* as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e

81. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 39.

82. Na terminologia filosófica tradicional, tautologia “significa genericamente um discurso (em especial, uma definição) vicioso porquanto inútil, visto repetir na consequência, no predicado ou no *definiens* o conceito já contido no primeiro membro”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. trad. da 1 ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 939.)

83. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*, cit., p. 282.

também *por que* as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento”⁸⁴.

Em hipóteses como essa, Calmon de Passos sugere que se “consulte uma sibila, para desvendar o pensamento do magistrado. Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada”.⁸⁵

É disso que trata o inciso III do § 1º do art. 489: da fundamentação genérica e tão desgarrada do caso concreto que se prestaria a justificar qualquer pronunciamento decisório. Este é um exemplo de fundamentação inútil.

4.3.5.2.4. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV)

É bastante corriqueiro nos tribunais o entendimento segundo o qual “o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”⁸⁶. Trata-se de entendimento *parcialmente* correto; na prática, muitas vezes é mal aplicado, dando azo a verdadeiras arbitrariedades.

Efetivamente, se houver cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos) ou para o seu não-acolhimento (no caso de cumulação de *causae excipiendi*, ou seja, causas de defesa), bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autora ou ré, a depender do caso) os efeitos pretendidos.

Isso não vale, contudo, quando se tratar de julgamento de recursos repetitivos. Segundo o § 3º do art. 1.038, “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. Isso também se aplica ao incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 984, §2º, CPC)⁸⁷.

84. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5ª ed., cit., p. 176. Também nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 121.

85. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 40.

86. STJ, Segunda Turma, AgrRg no AREsp 594.615/PA, rel. Min. Humberto Martins, j. em 20.11.2014, DJe 04.12.2014.

87. Nesse sentido: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida” (enunciado n. 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Aí, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda.

Para negar o pedido de condenação ao pagamento de quantia formulado pelo autor, o magistrado não precisa analisar a compensação arguida pelo réu em sua defesa, se já se convencera quanto à objeção de pagamento, outro fundamento invocado na contestação. No entanto, para condenar o demandado, o juiz precisa, necessariamente, analisar todos os fundamentos da defesa.

A questão é que esse entendimento jurisprudencial – que já virou praticamente um *jargão* no âmbito dos tribunais – vem sendo utilizado para justificar a desnecessidade de análise das alegações da parte *mesmo nos casos em que a sua tese foi rejeitada*.

Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o Judiciário diz que não tem obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos.

No Recurso Extraordinário n. 434.059/DF, o Min. Gilmar Mendes, baseando-se em lições de João Barbalho, de Pontes de Miranda e da doutrina alemã, chama atenção de que o direito à tutela jurídica decorrente do contraditório (art. 5º, LV, CF) contém os direitos (i) de informação, “que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (ii) de manifestação, “que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo”; e (iii) de ver seus argumentos considerados, “que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo [...] para contemplar as razões apresentadas” (STF, RE 434.059/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2008, DJe 11.09.2008).

E continua: “Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas” (*idem*).

Infelizmente, o próprio Min. Gilmar Mendes, tempos depois, voltou atrás em suas considerações, afirmando que “o art. 93, IX, da

Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem estabelecer, todavia, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (AI n. 791292-Q0, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.06.2010, DJe13.08.2010).

Digno de nota o voto vencido, nesse julgamento, do Min. Marco Aurélio, que considerou que “não existe prestação jurisdicional aperfeiçoada se não se examinarem, até para declarar a improcedência, todos os pontos enfocados pela parte” (*idem*)⁸⁸.

Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação. É o que diz o art. 489, § 1º, IV do CPC. Essa decisão contraria a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e não observa a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração (art. 1.022, II, p. ún., II, CPC).

Há, porém, *uma situação* em que não é necessário analisar todos os fundamentos da tese derrotada: quando houver precedente obrigatório aplicável ao caso, formado em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência, e o fundamento suscitado no caso concreto, capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, já houver sido analisado – e rejeitado – quando da formação do precedente. O juiz, ao aplicar esse precedente obrigatório, não precisa analisar argumentos que já foram analisados quando da formação do precedente; não faria sentido que se exigisse isso dele.

A exigência de análise de todos os fundamentos da tese derrotada é um assunto extremamente relevante do ponto de vista prático, porque a omissão nesses casos muita vez inviabiliza a discussão da matéria nas instâncias extraordinárias, por meio dos recursos de estrito direito (extraordinário e especial).

Em casos tais, a parte, se pretender levar a discussão aos tribunais superiores, precisa ingressar com embargos de declaração para fins de prequestionamento. Muitas vezes, porém, no julgamento desses embargos, o tribunal *a quo* termina por dizer que não está obrigado a analisar todos os fundamentos da tese. Na maioria dos casos, é uma decisão arbitrária que, por negar à parte um pronunciamento sobre o assunto, termina por submetê-la a uma desnecessária e injustificada prolação do processo.

Basta ver que, sob a égide do CPC-1973, se a parte pretendia levar a causa ao STJ, tinha que, inicialmente, interpor recurso especial por violação ao art. 535 do CPC-1973 para, só após o seu eventual

88. Perceberam o ponto THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, cit., p. 266.

acolhimento e depois de ter o tribunal *a quo* suprido a omissão, poder, aí sim, interpor novo recurso especial, desta feita impugnando, efetivamente, a análise que esse tribunal fizesse da questão sobre a qual anteriormente se omitira.

Certamente não foi por acaso que o CPC, no art. 1.022, par. ún., II, reputa omissa, para fim de oposição de embargos de declaração, a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no §1º do art. 489.

Por fim, é importante lembrar também que “no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489” (enunciado n. 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Isso se dá porque a intervenção do *amicus curiae* tem por objetivo exatamente municiar o magistrado com subsídios acerca da questão debatida (art. 138, CPC), a fim de que se possa prestar uma tutela jurisdicional de melhor qualidade. A não-consideração dessas razões essenciais trazidas pelo *amicus curiae* contradiz a própria razão de ser da intervenção. Também não é por acaso que o legislador confere ao *amicus curiae* o direito de opor embargos de declaração (art. 138, §1º).

4.3.5.2.5. Decisão que 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 (art. 489, § 1º, V)

São comuns as decisões que invocam, na análise das questões jurídicas, precedentes judiciais, mais das vezes transcrevendo-se apenas as respectivas ementas no corpo do julgado⁸⁹, sem que se faça uma contraposição entre o contexto em que o precedente surgiu e o caso concreto.

A simples referência a precedentes ou a enunciados de súmula, ou a mera transcrição do seu conteúdo ou da ementa do julgado, não é suficiente para que se diga justificada uma decisão. É preciso – e exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada para o caso em julgamento.

89. “De instrumento de indexação das decisões dos tribunais para registro e pesquisa, as ementas passaram a substituir a necessidade do recurso às fundamentações dos votos dos julgadores, uma vez que são redigidas com expressões com o mais amplo grau de abstração e generalização, no claro intuito de se prestar como precedente para casos futuros e exercer função análoga à lei” (MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 212-213)

Sobre o tema, Barbosa Moreira diz que “há juízes que se dão por satisfeitos com 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”.⁹⁰

É preciso entender que, assim como o juiz precisa interpretar o texto legal para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. Ao método de contraposição entre o caso concreto e o caso que ensejou o precedente dá-se o nome de distinção, *distinguishing* (ou *distinguish*), que deve ser realizado expressamente na fundamentação.

Conforme veremos no capítulo sobre precedente judicial, neste volume do *Curso*, o *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”⁹¹. Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado).

A *distinção* é importante tanto quando se invoca um precedente persuasivo como quando se invoca um precedente obrigatório (ex. precedente consagrado em enunciado de súmula vinculante ou precedente oriundo de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade).

A discussão desse tema ganha relevo sob a égide do atual CPC, que estabelece, para os tribunais, um dever de manter estável, íntegra e coerente a sua jurisprudência (art. 926, CPC). Esse rol de deveres não é novo; ele é um corolário dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança. A diferença é que está expressamente previsto na legislação – o que permite um maior controle sobre a atividade do magistrado.

A tendência, então, é que o juiz passe a apoiar-se ainda mais no repertório de precedentes e jurisprudência dos tribunais, sobretudo dos tribunais superiores, para proferir suas decisões. Em alguns casos, isso constitui uma *exigência* da lei

90. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual* – 8ª série, cit., p. 121-122.

91. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

processual: por exemplo, nas hipóteses descritas no art. 332, no art. 932, IV e V, e no art. 927, todos do CPC. O § 1º do art. 927 reforça o que aqui se está dizendo: “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”.

Sendo assim, a invocação de precedentes não poderá ser feita sem que esteja acompanhada de um juízo analítico quanto à conformação da sua *ratio decidendi* ao caso concreto. Caso o precedente invocado se tenha apoiado em fundamento jurídico nunca discutido no caso sob julgamento, cabe ao juiz, observando o art. 10 do CPC, dar oportunidade às partes para que se manifestem sobre esse fundamento novo (isto é, não discutido).

A não-realização da *distinção* (método de contraposição) em casos tais implica ausência de fundamentação – e, pois, a invalidade da decisão.

4.3.5.2.6. Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, VI)

Este preceito é uma espécie de *continuação* do anterior: se, para aplicar um precedente ou enunciado sumular, o juiz tem o dever de demonstrar que os fatos sobre os quais se construiu a sua *ratio decidendi* são equivalentes àqueles que animam o caso posto, para *deixar de aplicá-los* também lhe é exigível que faça a *distinção*, apontando as diferenças fáticas que, no seu entendimento, justificam a não aplicação do precedente ou enunciado sumular no caso concreto, ou que informe a superação (*overruling* ou *overriding*) do precedente invocado.

Conforme veremos no capítulo sobre precedente judicial, *overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), embora entendamos que o *implied overruling* não é admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC). A superação implícita é claramente uma ofensa ao dever de coerência, decorrente do art. 926.

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.

Há, no entanto, uma diferença sutil entre os incisos V e VI do § 1º do art. 489: a obrigatoriedade de que fala o inciso VI somente se aplica aos precedentes obrigatórios; não se aplica aos precedentes persuasivos.

Assim, se a parte invoca, como reforço argumentativo, numa causa que tramita perante a justiça baiana, um julgado proferido por outro tribunal estadual (não vinculativo; caráter meramente persuasivo), não há obrigação de o magistrado, para não seguir a orientação desse precedente, demonstrar que ele se refere a caso distinto daquele posto sob sua análise ou que ele está superado.

Isso porque os casos podem até mesmo ser muito semelhantes – contexto fático praticamente idêntico – e o precedente pode estar vigendo, mas o magistrado pode simplesmente *não concordar* com a tese jurídica adotada pelo outro tribunal estadual. Trata-se de postura legítima, já que não está ele adstrito à tese jurídica firmada em precedentes não-vinculantes.

Situação diferente se dá quando está ele diante de precedente vinculante – por exemplo, nas hipóteses do art. 332, do art. 932, IV e V, e do art. 927, do CPC.

Nesses casos, a *não aplicação* do precedente precisa ser justificada e as únicas justificativas admissíveis são (i) a realização de *distinguishing* negativo – isto é, a conclusão de que não há, entre o caso posto e o paradigma, uma semelhança contextual – e (ii) a demonstração de que o precedente está superado.

“O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou o tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa” (enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Em suma, da conjugação desses dois dispositivos (incisos V e VI do § 1º do art. 489), o que se tem é o seguinte: (i) ao invocar um precedente como argumento ou como norma jurídica aplicável num caso concreto, deve o juiz demonstrar, por meio do *distinguishing* (método de contraposição), que a *ratio decidendi* se aplica a esse caso (art. 489, § 1º, V); (ii) se algum sujeito processual invocar um precedente como norma jurídica, a sua não-aplicação ao caso concreto dependerá da realização de *distinguishing* (resultado), isto é, da demonstração de que não há semelhança contextual entre o paradigma e o caso posto, ou da demonstração de *overruling* ou *overriding* (superação) (art. 489, § 1º, VI).

4.3.5.2.7. Outros exemplos

Como dito acima, o rol de hipóteses do § 1º do art. 489 é *exemplificativo*.

Há outros casos em que a decisão se considera não-fundamentada. Por exemplo: (i) quando não expõe um juízo de valor sobre as provas produzidas pela parte

vencida; (ii) quando lança mão de fundamentação *per relationem* sem atentar para circunstâncias específicas; (iii) quando não esclarece a ponderação ou o sopesamento feitos em caso de conflito normativo; (iv) quando não explica a incompatibilidade existente entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional; (v) quando altera orientação jurisprudencial sem fundamentação adequada e específica.

(i) Como visto no capítulo sobre teoria geral da prova e parte geral do direito probatório, neste volume do *Curso*, não pode o juiz, analisando as provas produzidas no processo, valorar e destacar apenas aquelas que sustentam a tese vencedora. Ele também precisa indicar *por que* as provas produzidas pelo derrotado não o convenceram. Trata-se de aplicação do contraditório sob a perspectiva substancial⁹². Isso é relevante para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável.⁹³

Importante o conselho de Barbosa Moreira, segundo o qual devem ser evitadas “referências genéricas e não justificadas, do tipo: ‘a prova produzida pelo autor não convence’. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar *por que* não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma: ‘as alegações do réu não ficaram comprovadas’, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido”.⁹⁴

(ii) Tem-se admitido como válida a decisão em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a outro ato do processo (outra decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada motivação *per relationem*⁹⁵. O próprio legislador prevê hipótese em que “se a sentença for confirmada pelos seus próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão” (art. 46, *in fine*, Lei n. 9.099/1995), admitindo expressamente a possibilidade, nos juizados, de utilização da motivação por referência⁹⁶.

92. Sobre o assunto, ver o v. 1 deste *Curso*, capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil.

93. A despeito disso, o STJ já decidiu que “a reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação” (Corte Especial, EREsp n. 1.021.851/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 28.06.2012, publicado no DJe 04.10.2012). Embora admita esse tipo de fundamentação, o STJ exige que haja a transcrição dos motivos, sob pena de não ser fundamentada – essa transcrição se justifica como forma de se permitir o controle popular, função extraprocessual da motivação: STJ, 6ª T., HC n. 220.562/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira (Des. Conv. do TJPE), j. em 05.02.2013, publicado no DJe de 25.02.2013.

94. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

95. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 121.

96. O STF reconheceu a constitucionalidade do § 5º do art. 82 da Lei n. 9.099/1995, que tem a mesma redação do art. 46, 2ª parte (STF, 1ª T., HC 86533/SP, rel. Min. Eros Roberto Grau, j. em 08.11.2005, publicado no DJ de 02.12.2005, p. 13).

A motivação *per relationem*, contudo, deve ser vista como uma exceção, da qual se pode valer o julgador em homenagem à eficiência e desde que: a) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, b) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja *substancialmente* fundamentada⁹⁷, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, c) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela as partes possam ter acesso.

A Quinta e Sexta Turmas do STJ têm entendido que, conquanto admitida a fundamentação *per relationem*, a mera referência a outra decisão ou parecer constante dos autos não atende à regra extraída do art. 93, IX, do CF/1988, sendo de rigor a transcrição e encampação expressa dos fundamentos cuja importação se pretende. Nas situações avaliadas, as decisões atacadas continham mera referência genérica aos atos a que se reportavam, o que não atenderia à regra constitucional acima aludida.⁹⁸

(iii) O descumprimento do disposto no § 2º do art. 489 do CPC constitui vício de ausência de fundamentação. Como visto, em caso de conflito normativo, o juiz precisa indicar na decisão os motivos que o fizeram afastar a aplicação de determinada norma e a aplicar outra. A ponderação e o sopesamento precisam ser explicados.

(iv) Concluindo-se pela incompatibilidade entre uma norma e a Constituição, o objeto da incompatibilidade precisa ser esclarecido. Esse esforço argumentativo precisa ser ainda maior quando o parâmetro constitucional de comparação for um princípio ou postulado, tendo em vista a estrutura linguística com que se apresentam, normalmente composta de termos semanticamente abertos.

(v) A superação de entendimento sumulado, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos exige, nos termos do art. 927, § 4º, do CPC, “fundamentação adequada e específica”. Por conta disso, entendemos que o ordenamento brasileiro não admite, nesses casos, o chamado *implied overruling*, ou técnica de superação do precedente com base em substituição tácita da tese jurídica, o qual, como já se apontou, viola o dever de coerência decorrente do art. 926 do CPC.

Ao falar em fundamentação adequada e específica, o CPC exige que a superação se dê *expressamente*, impondo um esforço argumentativo sério e direcionado à contraposição dos fundamentos que lastreavam, até então, a tese jurídica consolidada no enunciado sumular, na jurisprudência pacificada ou no julgamento de

97. Cf. NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 5ª ed., cit., p. 175.

98. Neste sentido, cf: (i) STJ, 5.ª T., HC n. 242.767/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 06.08.2013, publicado no DJe de 13.08.2013; (ii) STJ, 6.ª T., HC n. 220.562/SP, rel. Des. Alderita Ramos de Oliveira (TJ/PE), j. em 05.02.2013, publicado no DJe de 25.02.2013.

casos repetitivos. A inexistência desse esforço argumentativo adequado e específico corresponde à ausência de fundamentação, nos termos do art. 927, § 4º, e também do art. 489, § 1º, ambos do CPC.

4.3.5.3. Consequência da ausência de fundamentação

Questão importante é saber qual a *consequência* da ausência de fundamentação.

Há quem defenda que a decisão sem motivação é uma não-decisão. A falta de motivação implicaria inexistência de decisão – diversamente da motivação insuficiente, que seria caso de nulidade. É o caso de Michelle Taruffo, talvez o principal expoente da doutrina que defende a inexistência jurídica de decisão judicial sem motivação.

Sua tese está exposta em célebre trabalho doutrinário⁹⁹. O processualista italiano considera a motivação, tendo em vista a matriz constitucional da exigência, um elemento estrutural necessário dos provimentos jurisdicionais¹⁰⁰; uma decisão judicial somente pode ser considerada como tal se puder ser controlada – e a exigência de motivação tem exatamente esta finalidade; a motivação é pressuposto da “jurisdicionalidade” (*giurisdizionalità*)¹⁰¹.

A percepção de que a motivação também cumpre um papel *extraprocessual* (submeter o exercício do poder ao controle da sociedade) leva à conclusão, afirma o autor, de que a sentença sem motivação não integra o conteúdo mínimo indispensável para que se reconheça um exercício legítimo da função jurisdicional¹⁰². Muito embora reconheça as controvérsias teóricas sobre as decisões inexistentes, diz que não se poderia dar a esse vício (de natureza constitucional e que diz respeito à própria noção de “jurisdicionalidade”) o mesmo tratamento dado a outros defeitos da decisão, submetidos a recurso por provocação das partes¹⁰³. A intenção de Michelle Taruffo é, pelo que se pode constatar do seu belíssimo trabalho, ampliar o leque dos meios de impugnação – defende, então, que se admita o controle da decisão imotivada pela *actio nullitatis* autônoma¹⁰⁴ – e do prazo para tanto.

Há uma *segunda corrente*, porém, que encara o vício da falta de motivação como apto a autorizar, no máximo, o ajuizamento de ação rescisória. “Mesmo ciente da importância do dever de fundamentar as decisões judiciais”, Sérgio Nojiri

99. La motivazione della sentenza civile. Padova: CEDAM, 1975. Adota a linha de Taruffo, SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

100. La motivazione della sentenza civile, cit., p. 457-458.

101. La motivazione della sentenza civile, cit., p. 458.

102. La motivazione della sentenza civile, cit., p. 464.

103. La motivazione della sentenza civile, cit., p. 465-466.

104. La motivazione della sentenza civile, cit., p. 466.

entende que a falta de fundamentação implica decisão anulável por recurso ou rescindível por ação rescisória. Alicerça a sua conclusão no princípio da segurança jurídica¹⁰⁵.

Parece-nos correto este último entendimento.

Para que um fato se subsuma à previsão normativa, é necessário que estejam presentes aquilo que se convencionou chamar de elementos nucleares do suporte fático¹⁰⁶. A falta de um elemento nuclear impede que se considere como jurídico determinado fato. Os elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial” são, como se pode extrair da própria terminologia: a) ter sido proferida por alguém investido de função jurisdicional; b) a decisão, a norma concreta, o comando, a manifestação do magistrado sobre a questão principal. A motivação é elemento que legitima a decisão, deixa-a conforme a Constituição.

É possível designar uma decisão sem fundamentação de *ilegítima, espúria, absurda, autoritária* etc., mas é inegável que ela é uma decisão. A partir do momento que se pode atribuir a um substantivo alguns adjetivos é porque algo existe para ser qualificado. É característica dos requisitos de validade exercer a função gramatical de adjetivos, conforme lição de Barbosa Moreira, já transcrita.

Não é à toa que o texto constitucional expressamente atribuiu a sanção de invalidade à decisão não-motivada. Para que esta sanção seja aplicada, é necessário que o ato (decisão) contenha um defeito (ausência de fundamentação). De acordo com conhecida lição de Pontes de Miranda, “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 ter defeito”¹⁰⁷. Daí se vê que, para que um ato seja defeituoso, primeiro ele tem que ser, tem que existir e, somente se existente, pode conter algum vício.

É justamente porque há (existe), em tais hipóteses, decisão que ela pode ser invalidada pelo tribunal para que outra seja proferida (não se invalida o que não existe). “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa” (enunciado n. 307 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Trata-se de vício gravíssimo, que pode ser conhecido de ofício e também permite invalidação mediante o ajuizamento da ação rescisória.¹⁰⁸

105. NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998, p. 109. Neste mesmo sentido: PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128-129; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 56, p. 230.

106. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da existência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47-48.

107. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 13.

108. No RE n. 719.870/MG, rel. Min. Marco Aurélio, foi reconhecida a repercussão geral da matéria relativa à ausência de fundamentação de decisão, sobre ponto relevante para o exame de ação direta de inconstitucionalidade

4.3.6. A fundamentação e a coisa julgada

Conforme será visto no capítulo sobre coisa julgada, neste volume do *Curso*, há dois regimes jurídicos de coisa julgada: o *regime comum*, aplicável à coisa julgada relativa à resolução da questão principal (art. 503, *caput*, CPC), e o *regime especial*, aplicável à coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental expressamente resolvida (art. 503, §§ 1º e 2º, CPC).

A coisa julgada *comum* é aquela que recai sobre o preceito contido no *dispositivo* da decisão judicial; a coisa julgada *especial* – vamos chamá-la assim – é aquela que pode recair sobre a solução dada, na *fundamentação*, à questão prejudicial incidental. O tema é examinado no capítulo sobre coisa julgada, neste volume do *Curso*.

Daí se vê que a *única* possibilidade de uma resolução contida na fundamentação da decisão passar em julgado, tornando-se indiscutível e imutável, é esta: a resolução expressa de prejudicial incidental, atendidos os pressupostos dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC. Ressalvada esta possibilidade, as questões resolvidas na fundamentação da decisão judicial *não* ficam acobertadas pela coisa julgada material (art. 504, CPC).

Embora a “verdade dos fatos estabelecida na sentença” não se torne indiscutível pela coisa julgada, a sentença será um indício de que aqueles fatos ocorreram. Ela não servirá como prova *dos fatos*, mas sim como prova *de que o órgão jurisdicional os examinou*. Considerando, pois, que, tendo examinado os fatos, o órgão jurisdicional concluiu num determinado sentido, isso pode servir de *indício* sobre a ocorrência, ou não, do fato examinado por ele. Sobre a eficácia probatória da sentença, ver item mais abaixo, ainda neste capítulo. Sobre prova indiciária, ver o capítulo sobre teoria geral da prova, neste volume do *Curso*.

Com exceção do disposto no art. 503, § 1º, do CPC, tudo o que é resolvido pelo magistrado na fundamentação pode ser revisto em outros processos, que envolvam as mesmas ou outras partes, não se submetendo os julgadores desses outros processos às soluções alvitradas na motivação das decisões anteriores. A coisa julgada *comum* torna intangível apenas o conteúdo da norma jurídica concreta estabelecida no *dispositivo* da decisão judicial.

Sucede que, mesmo nos casos em que a solução dada às questões não têm aptidão para fazer coisa julgada, a fundamentação é extremamente relevante para (i) determinar o seu alcance¹⁰⁹ e (ii) determinar, em alguns casos, se a norma jurí-

estadual proposta perante o TJ/MG. Em manifestação do relator – posteriormente acolhida no Plenário Virtual do STF –, cogitou-se a própria nulidade do acórdão recorrido por ofensa direta ao art. 93, IX, da CF/88, em casos tais.

109. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Limites objetivos da coisa julgada”, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 109.

dica concreta contida no dispositivo da decisão vai, ou não, tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Há situações em que, por determinação legal, a solução da questão principal somente faz coisa julgada se, no processo em que foi proferida a decisão, tiver havido o esgotamento dos meios de prova. São os casos em que a coisa julgada se dá *secundum eventum probationis*. Assim, se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas, a norma concreta estabelecida no dispositivo não terá aptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada material. É o que ocorre, por exemplo, na ação civil pública (art. 16, Lei n. 7.347/1985), na ação popular (art. 18, Lei n. 4.717/1965) e nas ações coletivas (art. 103, CDC). Em todos esses casos, portanto, a decisão de improcedência da demanda não faz coisa julgada se está fundada na ausência de provas das alegações de fato do autor.

Embora as resoluções alcançadas na fundamentação não se tornem, em regra, indiscutíveis pela coisa julgada material, é preciso recordar que o “efeito vinculativo” que se retira de um precedente judicial está relacionado à fundamentação da decisão paradigma; é o que foi decidido na fundamentação que poderá ser vinculativo para outras situações semelhantes; é a norma geral criada na fundamentação que poderá ser “sumulada”, e, portanto, aplicável a outras situações.

Como se vê, o efeito do precedente não se restringe às partes do processo em que ele se originou. A eficácia do precedente é sempre *erga omnes*: qualquer sujeito, mesmo que não tenha participado do processo, pode beneficiar-se do precedente como também pode ser prejudicado, caso o precedente não lhe seja favorável.¹¹⁰

Além disso, cumpre lembrar a *eficácia da intervenção*, examinada no v. 1 deste Curso, e prevista no art. 123 do CPC: o assistente simples fica vinculado à fundamentação da decisão proferida contra o assistido. Não fica vinculado à coisa julgada que torna imutável e indiscutível o preceito contido no *dispositivo*, até porque ela não lhe diz respeito, mas fica submetido à “justiça da decisão”, ou seja, às questões resolvidas na motivação da decisão proferida no processo em que interveio.

Não confunda, portanto: *coisa julgada comum* (incide sobre o conteúdo da decisão, o dispositivo), *coisa julgada especial* (incide sobre a solução dada à questão prejudicial expressa e incidentalmente resolvida na fundamentação), *efeito vinculativo do precedente judicial* (aplicação da *ratio decidendi* de uma decisão, encontrável na fundamentação, a outra situação semelhante) e *eficácia da intervenção*, preclusão a que se submete o assistente simples, que o impede de discutir, em outro processo, os fundamentos da decisão proferida contra o assistido.

110. Bem percebeu o ponto POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 176-178.

	Coisa julgada (regime geral – art. 503, caput, CPC)	Coisa julgada (regime especial – art. 503, § 1º, CPC)	Eficácia da intervenção (art. 123, CPC)	Eficácia vinculativa do precedente judicial
Limite objetivo	Dispositivo da decisão (norma jurídica individualizada)	Solução dada à questão prejudicial expressa e incidentalmente resolvida na fundamentação	Fundamentação de fato e de direito da decisão	<i>Ratio decidendi</i> – norma jurídica geral (fundamentação da decisão)
Limite subjetivo	<i>Inter partes</i> , como regra (art. 506, CPC)	<i>Inter partes</i> , como regra (art. 506, CPC)	Assistente simples (art. 123, CPC)	<i>Erga omnes</i>
Instrumentos de controle	Ação rescisória, <i>querela nullitatis</i> , desconstituição de sentença inconstitucional (arts. 525, § 12, e 535, § 5º, CPC) e a correção de erro material	Os mesmos instrumentos de controle da coisa julgada sujeita ao regime geral	<i>Exceptio male gestis processus</i> (art. 123, I e II, CPC)	Preventivo: intervenção do <i>amicus curiae</i> antes da formação do precedente (ex. arts. 138; 950, § 3º; 983, § 1º; 1.038, I e II, CPC) Repressivo: mecanismos de superação (<i>overruling</i>) do precedente (ex. art. 3º, Lei n. 11.417/2006; arts. 927, §§ 2º a 4º, e 986, CPC)

Finalmente, o exame da fundamentação da decisão também é relevante no estudo da eficácia civil da coisa julgada penal.

Como se sabe, as instâncias penal e civil são autônomas, de modo que é possível discutir-se, simultaneamente, a responsabilidade civil e a criminal, sem que, a princípio, uma influencie a outra.

Sucede que a sentença penal absolutória pode *impedir* a discussão, no juízo cível, da responsabilidade civil, nos casos em que (i) reputa inexistente o fato criminoso (ex. não houve morte), (ii) nega a autoria (ex. houve o homicídio, mas não foi o acusado que matou) ou (iii) reconhece a existência do ato, mas diz que não é ato ilícito, por se enquadrar numa das hipóteses de exclusão de ilicitude – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito (ex. houve o homicídio, mas o acusado matou em legítima defesa).

Nesses casos, a sentença penal absolutória tem sua eficácia estendida à esfera cível, impedindo a discussão da responsabilidade civil do acusado.

Art. 935, Código Civil. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato,

ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 65, Código de Processo Penal. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Perceba, então, que é justamente a *fundamentação* da sentença penal absolutória que vai nos dizer se ela será, ou não, eficaz na esfera cível. Quando a absolvição estiver fundada na extinção da punibilidade (art. 67, II, Código de Processo Penal), na apuração de que o ato praticado não constitui crime (art. 67, III, Código de Processo Penal) ou em qualquer outra causa, que não aquelas apontadas acima, ainda será possível discutir a responsabilidade civil do acusado.

4.4. Dispositivo

4.4.1. Conceito

Alguns doutrinadores costumam conceituar o dispositivo como sendo a parte da decisão que contém uma conclusão, uma resposta acerca do acolhimento ou da rejeição do pedido formulado pelo autor¹¹¹. Trata-se de um bom conceito, mas que não define completamente o que é o dispositivo de uma decisão judicial.

O dispositivo é um elemento nuclear comum a todo e qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório. Trata-se, como se disse, de um elemento fundamental da decisão judicial, entendida como gênero.

Por essa razão, definir o dispositivo como a resposta que se dá ao pedido formulado pelo autor, seja para acolhê-lo ou para rejeitá-lo, é apresentar um *conceito parcial*, aplicável apenas às decisões que analisam o mérito da demanda – e, ainda assim, apenas a uma *parte* das decisões de mérito, já que o mérito da demanda (o objeto litigioso do procedimento) também é composto por eventual pedido do réu (reconvenção, pedido contraposto ou pedido para efetivação de contradireito) e do interveniente (litisdenunciado, assistente etc.).

É possível apresentar um conceito mais amplo, que defina o dispositivo como elemento nuclear de qualquer decisão.

É nesse sentido que preferimos dizer que *dispositivo* é a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito normativo, concluindo a análise

111. Por exemplo: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 258; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 220; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 591; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 5.

acerca de um (ou mais de um) pedido que lhe fora dirigido¹¹². Constitui, como se viu no tópico anterior, um dos elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial”. Sem esse comando, a decisão é *inexistente*¹¹³.

Como se vê, é um conceito mais amplo, capaz de abranger toda e qualquer decisão, seja ela interlocutória ou final, quer nela se analise, ou não, o objeto litigioso do procedimento.

Justamente porque se trata de elemento estrutural comum a todos os tipos de decisão judicial, o *conteúdo* do dispositivo vai depender do tipo de questão que nele se resolve. Dessa forma, é necessário discernir as situações em que o dispositivo de uma decisão resolve, ou não, a questão de mérito (objeto litigioso) do procedimento.

Para isso é importante que se faça uma rápida digressão.

Já se viu no volume 1 deste *Curso* que todo procedimento possui um objeto litigioso, que é a questão a ser resolvida pelo ato final (decisão)¹¹⁴. O que define o objeto litigioso de cada procedimento é o ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes. Analisar a admissibilidade de um procedimento é verificar a possibilidade de o seu objeto litigioso ser apreciado. Essa é uma noção que vale para todo e qualquer procedimento, seja ele principal, recursal ou incidental¹¹⁵. Assim, o ajuizamento de uma demanda, por meio da petição inicial, deflagra um procedimento; esse procedimento possui um objeto litigioso (questão de mérito) cuja análise vai depender da presença dos seus requisitos de admissibilidade (pressupostos e requisitos processuais).

Do mesmo modo, há os procedimentos recursais (ex. procedimento deflagrado pelo recurso de apelação) e os procedimentos incidentais (ex. arguição de suspeição ou de impedimento do magistrado – art. 146, CPC).

Também eles têm, cada um, o seu objeto litigioso, que é composto pela questão principal (de mérito) sobre a qual se pede uma decisão – por exemplo, na

112. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 664. Acrescentamos que o pedido aí pode ter sido dirigido pelo autor ou pelo réu.

113. Por isso mesmo, Barbosa Moreira, numa metáfora, diz que é o “coração” da decisão (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 123). Entendendo também que é pressuposto de existência da decisão: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 552; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 434; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 20. PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 102. Em sentido contrário, entendendo que a falta de qualquer dos elementos acarreta a nulidade da decisão, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed., cit., v. 2, p. 257.

114. Sobre o conceito de *objeto litigioso* e as discussões que envolvem o tema, ver item próprio, no vol. 1 deste *Curso*.

115. Conferir, sobre o assunto, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

apelação, a reforma, anulação ou integração da decisão recorrida; na arguição de suspeição ou impedimento, o reconhecimento de um vício que inquina o procedimento principal – e os seus requisitos de admissibilidade – por exemplo, na apelação, o cabimento, a tempestividade, o preparo etc.; na arguição de suspeição ou impedimento, a tempestividade, a regularidade formal etc. Embora os procedimentos recursal e incidental tenham, cada um, o seu próprio mérito, não se pode confundir o mérito desses procedimentos com o mérito do procedimento principal do qual eles derivam.

Sendo assim, todo procedimento, seja ele principal, recursal ou incidental, requer, como ato final, a prolação de uma decisão, que poderá, ou não, analisar o seu objeto litigioso, a depender, respectivamente, da presença ou ausência dos seus requisitos de admissibilidade. Estando presentes os requisitos de admissibilidade do procedimento, a decisão que o encerrar, além de afirmar essa admissibilidade, deve analisar o seu objeto litigioso; estando ausente qualquer dos seus requisitos de admissibilidade, não pode o magistrado passar à análise do seu objeto litigioso.

Consideradas essas premissas, o conteúdo do dispositivo vai depender da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do procedimento. Eis as hipóteses possíveis.

a) Se em sua fundamentação o órgão julgador constata a inexistência de um requisito de admissibilidade do procedimento (seja ele principal, recursal ou incidental), no dispositivo dessa decisão cingir-se-á a afirmar essa inexistência, sem que lhe seja possível analisar o objeto litigioso do procedimento.

É o que acontece, por exemplo, quando o magistrado, na sua fundamentação, constata a ausência de um requisito de validade processual e afirma, em sua conclusão (dispositivo), a impossibilidade de analisar o pedido formulado pelo autor num procedimento principal. É o que acontece também quando o tribunal não admite um recurso (dispositivo), por lhe faltar um requisito de admissibilidade (fundamento); ou ainda quando deixa de analisar a arguição de suspeição (dispositivo), por não ter sido oferecida no prazo oportuno (fundamento).

b) Se em sua fundamentação o magistrado constata a presença dos requisitos de admissibilidade da análise do objeto litigioso do procedimento (principal, recursal ou incidental), deverá, em sua conclusão (dispositivo), afirmar a presença desses requisitos de admissibilidade e decidir o pedido que lhe foi dirigido, acolhendo-o ou rejeitando-o, no todo ou em parte. É nessas hipóteses que se diz que o magistrado estabelece, no dispositivo da decisão, a norma jurídica concreta, definindo os termos da relação jurídica que envolve as partes em litígio.

É o que se dá, por exemplo, quando o magistrado acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor de uma demanda judicial, ou quando o tribunal dá ou nega

provimento a um recurso, ou ainda quando julga procedente ou improcedente um determinado incidente do processo.

Aqui vale trazer um exemplo: numa ação de cobrança, o réu alega, em sua contestação, a inépcia da petição inicial e, no mérito, diz que pagou a dívida que lhe é cobrada. Sobrevindo uma sentença de procedência, se ele reiterar em seu recurso essas duas questões (inépcia da petição inicial e pagamento), ambas passarão a compor o próprio mérito do procedimento recursal. Daí se vê que: (i) a inépcia da petição inicial, que era questão de admissibilidade do procedimento *principal*, passa a ser questão de mérito do procedimento *recursal*; (ii) o pagamento, que era questão de mérito do procedimento *principal*, passa a ser, igualmente, questão de mérito do procedimento *recursal*. Tudo isso porque ambos os fundamentos compõem a causa de pedir da demanda recursal. As questões de admissibilidade do procedimento recursal são aquelas que dizem respeito aos requisitos de admissibilidade do recurso (cabimento, tempestividade, interesse recursal, preparo etc.).

Por último, vale destacar que o preceito, a conclusão judicial, não é só aquilo que está contido, formalmente, na parte dispositiva da decisão. Ainda que sua conclusão seja lançada na fundamentação do julgado, ou em qualquer outra parte, ela comporá o dispositivo da decisão. Deve-se levar em conta o *conteúdo* para que se possa estabelecer o que compõe o dispositivo da decisão, e não a *forma* como ela está redigida.

Trata-se de alerta importante porque, muitas vezes, ao *rejeitar* questões processuais, o magistrado o faz na própria motivação da decisão. Nesses casos, ainda que não se diga expressamente, essas soluções passam a compor o dispositivo da decisão, na medida em que implicam, em uma perspectiva inversa, um juízo de *admissibilidade* do procedimento.

4.4.2. A teoria dos capítulos de sentença

Embora formalmente única, há situações em que é possível fazer uma cisão material da decisão judicial:

a) quando a decisão contém o julgamento de mais de uma pretensão (ex. quando há cumulação de pedidos, sejam os formulados pelo autor na inicial, sejam os acrescidos no curso da demanda, por meio de reconvenção, pedido contraposto, exercício de contradireito pelo réu, denunciação da lide, ou ainda quando há litisconsórcio simples¹¹⁶);

116. Quando o litisconsórcio é unitário, há apenas uma relação jurídica material em discussão; não há, pois, cumulação objetiva de demandas; é justamente por isso que a demanda somente pode ter o mesmo resultado para

b) quando, não obstante haja apenas uma pretensão a ser decidida, essa pretensão (formalmente única) é *decomponível*, isto é, versa sobre coisas suscetíveis de contagem, medição, pesagem ou qualquer outra ordem de quantificação (como o dinheiro), caso em que também a decisão poderá ser decomposta (ex.: ação indenizatória em que se pede R\$ 70 mil; a sentença condena o réu a pagar R\$ 40 mil; pode-se dizer que há, na decisão, uma parte que julga procedente o pagamento de R\$ 40 mil e outra que julga improcedente o pagamento de R\$ 30 mil);

c) quando o juiz, independentemente da quantidade de pretensões a serem decididas, analisa, no corpo da sua decisão, questões processuais e as repele, caso em que, admitindo a viabilidade do procedimento, passa a analisar o seu objeto litigioso, seja para acolhê-lo ou rejeitá-lo, total ou parcialmente; em casos tais, é fácil perceber que este pronunciamento conterà ao menos duas partes bem distintas: uma que dispõe expressamente sobre a admissibilidade do julgamento de mérito e outra que julga o próprio mérito, acolhendo ou não os pedidos.

Analisando essas situações, pode-se dizer que capítulo de sentença é *toda unidade decisória autônoma contida na parte dispositiva de uma decisão judicial*¹¹⁷. Essa unidade autônoma tanto pode encerrar uma decisão sobre a pretensão ao julgamento de mérito (capítulos puramente processuais), como uma decisão sobre o próprio mérito (capítulos de mérito). Ou seja: (i) *capítulos puramente processuais* são aqueles que se pronunciam explicitamente sobre a possibilidade de examinar o mérito, isto é, tratam da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito; (ii) *capítulos de mérito* são aqueles que se pronunciam sobre o próprio objeto litigioso do procedimento¹¹⁸.

Diz-se *homogênea* a decisão que contém apenas ou capítulos puramente processuais ou capítulos de mérito. É o que se dá, por exemplo, com a decisão que rejeita preliminar de incapacidade postulatória, mas acolhe objeção de litispendência, não admitindo o procedimento por lhe faltar um requisito processual ou com a decisão em que, sem resolver questões processuais, analisa o objeto litigioso do procedimento.

Diz-se *heterogênea* a decisão que contém tanto capítulos processuais como capítulos de mérito, como no caso em que o magistrado resolve questões processuais,

todos os litisconsortes unitários. “A pluralidade de partes, no litisconsórcio unitário, não dá motivo à divisão da sentença em capítulos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69).

117. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 35. Conforme entendimento predominante na doutrina brasileira, somente há interesse, no ordenamento jurídico pátrio, em se rever a *parte dispositiva* da decisão, não a *motivação*. Ver, com amplas referências doutrinárias, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 18-30. Algumas ponderações a essa regra serão feitas em momento oportuno, no estudo do *interesse recursal*, no v. 3 deste Curso.

118. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 38-42.

mas as repele, e analisa o mérito, seja para acolher ou negar os pedidos formulados. Essas últimas são as mais comuns.

Sempre que o magistrado analisa o mérito de uma pretensão está, implicitamente, afirmando que admitiu como viável o procedimento em que se deduziu tal pretensão. Assim, toda decisão de mérito conteria, a rigor e necessariamente, um capítulo processual, ainda que implícito, o que faria dela uma decisão *heterogênea*. Para efeito de aplicação dessa teoria, porém, somente se considera existente um capítulo processual se houve deliberação *expressa* do juiz sobre questão de admissibilidade, como ocorre quando o julgador analisa questão processual e a rejeita.

Decisão implícita é, em nosso sistema, inconstitucional, por violar o direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

É possível ainda fazer uma *cisão jurídica* do dispositivo¹¹⁹, levando-se em conta a possibilidade de decomposição do tipo de provimento jurisdicional pleiteado. Como cediço, pode-se distinguir, no pedido, um objeto *imediate*, correspondente à providência jurisdicional que se pretende obter (declaração, condenação, expedição de ordem, constituição de nova situação jurídica etc.), e um objeto *mediate*, correspondente ao próprio bem da vida almejado (pagamento de quantia, entrega de um bem, suspensão de uma assembleia, prestação de um serviço etc.)¹²⁰.

Assim, a decisão acerca do tipo de providência jurisdicional pleiteada (pedido imediato) pode ser cindida em capítulos. Por exemplo, as decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), como se verá mais adiante, são mais amplas do que as decisões meramente declaratórias, na medida em que, por meio daquelas, o magistrado não só reconhece (declara) o direito subjetivo do autor à prestação, como também impõe ao réu o dever de cumprimento dessa prestação. Por conta disso, se o autor ingressa com uma ação pleiteando que o juiz *condene* o réu ao pagamento de quantia (prestação de pagar quantia), nada impede que o juiz, observando que o autor efetivamente tem direito a uma prestação, mas constatando que esse direito ainda não pode ser exigido (porque a dívida ainda não está vencida, por exemplo), limite-se a simplesmente reconhecer (declarar) o direito à prestação, sem impor ao réu a ordem de cumprimento (porque ainda inexigível).

Nesse caso, pode-se ver que a decisão, quanto ao tipo de providência jurisdicional requerida pelo autor (pedido imediato), pode ser dividida em duas partes: há

119. Quanto à possibilidade de *cisão jurídica* da decisão, conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 74-75.

120. Ver o capítulo sobre petição inicial, no v. 1 deste *Curso*.

um capítulo que reconhece o direito do autor à prestação e outro que lhe nega, por ora, o direito de exigí-la, porque não vencida.

Igualmente, nos casos em que a decisão julga procedente pedido que verse sobre coisas suscetíveis de contagem, medição, pesagem ou qualquer outra ordem de quantificação, é possível falar-se em uma *cisão jurídica*. Isto porque esse tipo de decisão reconhece a existência de um direito do autor (*an debeatur*) e estabelece a extensão desse direito (*quantum debeatur*). Assim, conforme as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “ao julgar procedente essa demanda líquida (não genérica), a sentença estará ao mesmo tempo (a) declarando que a obrigação existe e (b) afirmando que o valor devido é x. Eis aí dois capítulos distintos”¹²¹.

A categoria doutrinária “capítulo da sentença” foi expressamente incorporada ao texto do CPC-2015, como se vê do §3º do art. 966, do §1º do art. 1.013 e do parágrafo único do art. 1.034.

4.4.3. Repercussões da teoria dos capítulos de sentença

A percepção de que o dispositivo de uma decisão judicial pode ser dividido em capítulos é de extrema utilidade; isso repercute nos mais variados temas do direito processual, tal como na atribuição do custo financeiro do processo, na teoria dos recursos, na liquidação e efetivação das decisões que certificam direito a uma prestação e na própria teoria da decisão judicial.

Essa repercussão será vista, naturalmente, dentro de cada um dos temas em que ela se mostra sensível. No entanto, apenas para ressaltar a importância desse estudo e para instigar o estudioso a investigá-lo mais a fundo, seguem algumas situações, meramente exemplificativas, em que a teoria dos capítulos de sentença pode ser utilizada.

Se a decisão judicial, por exemplo, extrapola os limites da demanda, concedendo ao autor *mais* do que ele pediu, tem-se aí uma decisão *ultra petita*. Sucede que não é correto anular toda a decisão por conta do vício existente em apenas uma parte: basta que se expurgue o capítulo em excesso, que extrapola as raíes do pedido, mantendo-se o outro, que obedeceu aos limites da demanda.

Justamente porque é possível cindir a decisão em partes autônomas, admite-se expressamente a possibilidade de resolução antecipada parcial do mérito (art. 356, CPC). Assim, se forem incontroversos os fatos que compõem a causa de pedir relacionada a um dos pedidos, ou se ocorrer uma das hipóteses do art. 355 do CPC em relação a apenas um dos pedidos formulados, o juízo de mérito sobre ele já

121. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 75.

pode ser antecipado – e, com isso, o magistrado estará antecipando um dos capítulos que comporiam a futura sentença¹²².

Na teoria dos recursos, a noção dos capítulos de sentença é fundamental. Com efeito, denomina-se *recurso total* aquele que impugna todos os capítulos desfavoráveis de uma decisão; já o *recurso parcial* é o que impugna apenas um ou alguns dos capítulos desfavoráveis, deixando, por isso, de devolver à apreciação do órgão *ad quem* os demais. A interposição de recurso parcial faz com que, em regra, haja preclusão quanto à discussão sobre os capítulos não impugnados.

A ação rescisória, por sua vez, pode ter por objeto apenas um ou alguns dos capítulos da decisão (art. 966, § 3º, CPC) – ou seja: ela não precisa impugnar a decisão integralmente. Essa noção é muito relevante para que se possa aferir a partir de quando começa a contar o prazo para a sua propositura (art. 975, CPC), especialmente quando se interpõe recurso parcial contra uma decisão com vários capítulos e o capítulo que se quer rescindir é aquele não impugnado no recurso; também é importante para que se defina qual o órgão fracionário competente para apreciá-la¹²³.

Quanto ao custo financeiro do processo, a teoria dos capítulos de sentença interfere na forma em que ele é distribuído.

Havendo, por exemplo, sucumbência recíproca, responderá o autor pelas despesas e honorários relativos ao capítulo em que foi sucumbente, cabendo ao réu fazer o mesmo, quanto ao capítulo em que se viu vencido. Sendo equivalentes as despesas, manda o art. 86 do CPC que sejam elas compensadas – isso não vale para os honorários sucumbenciais.

Do mesmo modo, quando há litisconsórcio, o custo do processo há de ser distribuído proporcionalmente em razão dos interesses de cada um dos litisconsortes (art. 87, CPC).

Por último, mesmo havendo sucumbência total, a decisão final condenará o vencido a ressarcir ao vencedor as despesas com o processo e os honorários de advogado, representando esta condenação, por si só, um capítulo autônomo da decisão – é possível, portanto, que somente ele seja objeto de recurso pelo vencido, que entendeu exorbitante o valor fixado a título de honorários.

A teoria dos capítulos de sentença influencia ainda na forma de execução das decisões judiciais que certificam um direito a prestação (obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e pagar quantia).

122. No entanto, considerando que a decisão não encerra fase alguma do procedimento, ela será uma decisão interlocutória.

123. Segundo o enunciado n. 337 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a competência para processar a ação rescisória contra capítulo de decisão deverá considerar o órgão jurisdicional que proferiu o capítulo rescindendo”.

Assim, por exemplo, o capítulo que impõe obrigação de pagar quantia deverá sujeitar-se à execução nos termos do art. 523 e seguintes do CPC, enquanto o que impõe uma obrigação de fazer, não-fazer ou de dar coisa deverá ser executado de acordo com o art. 536 do CPC, de modo que haverá uma flagrante cisão da decisão no momento da sua satisfação. Havendo um capítulo líquido e outro ilíquido, é possível ao credor promover a liquidação deste e, simultaneamente, a execução daquele (art. 509, § 1º, CPC).

Dentro da própria fase de execução de quantia, é possível ao executado oferecer impugnação parcial, versando somente sobre parte do crédito perseguido. É o que se dá quando se alega excesso de execução (art. 525, V, CPC): divide-se o crédito perseguido em capítulos, reputando-se devido um deles e excessivo o outro.

É por isso que o legislador determina que, sob pena de indeferimento liminar da impugnação, o executado/devedor declare desde já o valor que entende devido (capítulo incontroverso), restringindo-se a discussão ao outro capítulo (art. 525, § 4º, CPC).

5. REQUISITOS DA DECISÃO JUDICIAL

5.1. A congruência da decisão judicial

A decisão judicial, para que seja válida, deve ser congruente. Quando se fala em congruência, é comum virem à cabeça as disposições constantes nos arts. 141 e 492 do CPC, segundo os quais a decisão deve ser plena, isto é, deve analisar todos os pedidos deduzidos e mais aqueles denominados de *pedidos implícitos*¹²⁴, mas deve limitar-se, como regra, a tais pedidos, não podendo ir além deles.

A percepção está correta, mas é necessário ir mais adiante. A decisão judicial não precisa ser congruente apenas em relação à demanda que ela resolve: precisa também ser congruente em relação aos sujeitos a quem atinge e precisa ser congruente em si mesma. É por isso que se pode falar em *congruência externa* e *congruência interna* da decisão¹²⁵.

A *congruência externa* da decisão diz respeito à necessidade de que ela seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e da resposta

124. Como se viu no vol. 1 deste Curso, pedido implícito é aquele que precisa ser decidido pelo magistrado, independentemente de expresso requerimento. O art. 322, § 1º, do CPC diz que “compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios”. Outro exemplo do pedido implícito é o relativo às parcelas vencidas após o ajuizamento da demanda e vincendas, nos casos em que a relação discutida é de trato sucessivo (art. 323, CPC).

125. Sobre o assunto, ver: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 207.

do demandado (congruência objetiva). A *congruência interna* diz respeito aos requisitos para a sua inteligência como ato processual. Nesse sentido, a decisão precisa revestir-se dos atributos da clareza, certeza e liquidez. É sob essas perspectivas que o assunto será analisado nos tópicos seguintes.

5.2. A congruência externa

5.2.1. Introdução: a abrangência dos arts. 141 e 492 do CPC

Toda a atividade cognitiva do juiz tem por escopo acumular fundamento suficiente para que ele possa resolver uma demanda que lhe foi dirigida, seja ela uma demanda principal (como a que está contida numa petição inicial), incidental (como a da reconvenção ou da denunciação da lide) ou recursal (como a que ocorre com a apelação).

Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa¹²⁶. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter¹²⁷.

Justamente por existir essa referibilidade, o legislador, no art. 141 do CPC, determina que o juiz deve decidir o *mérito* nos limites propostos pelas partes, “sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”.

O mérito, ou objeto litigioso do procedimento, é composto pelos pedidos formulados pelas partes, à luz dos fundamentos em que se baseiam. Entre os pedidos que compõem o mérito, incluem-se o pedido formulado pelo autor e pelo réu (pedido reconvenicional, pedido contra-posto e pedido relativo ao contradireito exercido na contestação). Sobre o tema, ver o capítulo sobre teoria da cognição, no volume 1 deste *Curso*.

O art. 492 do CPC complementa o art. 141 dizendo que “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

126. “A demanda, portanto, autoriza o agir da Jurisdição e serve de referência para todos os sujeitos processuais, a respeito do objeto trazido a debate no processo, por meio do contraditório. Não apenas serve para provocar a jurisdição, mas também para delimitar sua atuação e para delimitar o próprio objeto do contraditório (objeto cognitivo e objeto litigioso do processo)” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 198) O autor defende que não é possível limitar o estudo da correlação à sentença; a correlação deve existir entre a demanda e a tutela jurisdicional (Idem, *ibidem*, p. 197).

127. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 3, p. 155.

Esses dois artigos dão substância à *regra da congruência* da decisão judicial, segundo a qual o juiz, ao decidir, deve ater-se aos pedidos das partes e somente a eles, não podendo ir além, para conceder mais ou coisa diversa, nem podendo deixar de analisar qualquer um deles.

Em que pese deitar suas raízes no Direito Romano, foi a partir do chamado Estado liberal que essa regra ganhou maior ênfase, em função da valorização do chamado princípio dispositivo (v. capítulo sobre as normas fundamentais do processo civil no v.1 do *Curso*), do qual é corolário. O individualismo então reinante se contrapunha à ideia de intervencionismo estatal, razão por que o juiz, como *longa manus* do Estado, costumava ser, por dever e por ideologia, um sujeito inerte e passivo, a quem competia sempre aguardar a provocação da parte para praticar atos no processo.

Essa concepção influenciou muito a doutrina e a legislação brasileiras. Por conta disso, desde a Consolidação Ribas, feita por Joaquim Ribas e editada em 1876, até o atual Código de Processo Civil¹²⁸, tem vigência, no nosso ordenamento jurídico, com fórmulas mais ou menos semelhantes, a regra da correlação entre a decisão e o pedido¹²⁹.

A regra da congruência é, também, uma consequência do direito ao contraditório: a parte tem o direito de manifestar-se sobre tudo o que possa interferir no conteúdo da decisão; assim, o magistrado deve ater-se ao que foi demandado exatamente porque, em relação a isso, as partes puderam manifestar-se.

A despeito de haver nos arts. 141 e 492 do CPC uma referência direta apenas aos elementos *objetivos* da demanda (causas de pedir e pedidos), é intuitivo que a decisão deve guardar congruência também em relação aos *sujeitos* envolvidos no processo (elemento subjetivo da demanda) e com os *fundamentos de defesa* suscitados pelo demandado.

Pode-se dizer, pois, que esses dispositivos legais estabelecem verdadeira limitação ao exercício da jurisdição¹³⁰, na medida em que impõem à decisão do magistrado *limites subjetivos* e *objetivos*, abrangendo estes últimos os fundamentos de fato da demanda e da defesa e o(s) pedido(s) formulado(s).

Segundo lição de Cândido Rangel Dinamarco, baseada ainda no CPC-1973, “decidir nos limites da demanda proposta (...) significa não ir *além* ou *fora* deles, nem

128. Passando, pois, pelo Decreto n. 763/1890 que mandou aplicar ao processo civil as normas de processo comercial contidas no Regulamento n. 737/1850, pelos Códigos de Processo Civil estaduais, incluindo-se aí o do Estado da Bahia (Lei n. 1.121/1915), e o pelo Código de Processo Civil de 1939.

129. Ver, sobre o assunto, com amplas considerações históricas: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 19-43.

130. A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 274.

ficar *aquém*¹³¹. Se o magistrado vai *além* desses limites, a sua decisão é *ultra petita*; se fica *fora* deles, é *extra petita*; se fica *aquém*, é *citra petita*.

Como se vê, até mesmo as expressões utilizadas para qualificar a decisão que desborda dos limites subjetivos ou objetivos da demanda fazem apenas referência ao *pedido* como parâmetro de limitação do exercício jurisdicional. Vallisney de Souza Oliveira, ao tratar dos casos em que a decisão não se correlaciona com os fundamentos da demanda, prefere fazer referência aos vícios *extra causa petendi*, *ultra causa petendi* e *citra causa petendi*.¹³² Sem embargo desse apuro técnico, as expressões *ultra*, *extra* e *citra petita* serão aqui utilizadas para todas as hipóteses tão somente por uma questão de tradição e para simplificar a exposição.

O julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa.

O julgamento *citra petita* viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial, nos casos em que o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte.

Já a decisão *extra petita* fere todos esses princípios, tendo em vista que con-substancia hipótese em que, conforme se verá adiante, o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar¹³³.

A consequência da constatação de que uma decisão é *ultra*, *extra* ou *citra petita* dependerá do fato que for reconhecido – tema que será abordado dentro de cada item específico.

5.2.2. A congruência objetiva

5.2.2.1. Decisão *ultra petita*

Diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede à parte mais do que ela pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes. Sobre a (iii), falaremos no item seguinte, relativo à congruência subjetiva.

131. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 274.

132. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 255.

133. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 257.

É muito comum confundirem-se, na teoria e na prática, as decisões *ultra* e *extra petita*.

Mas há um critério que pode facilitar a compreensão desses dois fenômenos: (a) na decisão *ultra petita*, o magistrado *analisa* o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, *mas vai além deles*, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pelas partes; (b) na decisão *extra petita*, o magistrado, *sem analisar* o pedido formulado, delibera sobre pedido não formulado, ou ainda, *sem analisar* fato essencial deduzido, decide com base em fato essencial não deduzido.

Daí se vê que, na decisão *ultra petita*, há uma parte que guarda congruência com o pedido ou com os fundamentos de fato e outra que os excede. Por isso se diz que, nesses casos, o juiz *exagera* na solução apresentada ou nos fundamentos invocados em suas razões de decidir.

Já na decisão *extra petita*, o magistrado não analisa o pedido ou os fundamentos de fato debatidos nos autos, decidindo sobre pedido não formulado ou levando em consideração fato essencial não deduzido. Fica claro, portanto, que a decisão *extra petita* é também, e por essência, *citra petita*, na medida em que nela não se analisa algo que foi pleiteado pela parte ou invocado como fundamento de fato (da demanda ou da defesa).

É bastante elucidativa a lição de Vallisney de Souza Oliveira, que diferencia as decisões *ultra* e *extra petita*, partindo do seguinte exemplo: numa ação em que se pede a declaração falsidade do documento x, será *ultra petita* a decisão que, além de declarar a falsidade do documento x, avançar para declarar também a falsidade do documento y; será, porém, *extra petita*, se o juiz, sem analisar o pedido de declaração de falsidade do documento x, declarar a falsidade do documento y, não pretendida pelo autor¹³⁴.

Há decisão *ultra petita*, por exemplo, quando o magistrado (i) condena o réu ao pagamento de uma indenização por danos materiais num valor superior ao que foi pleiteado na petição inicial; (ii) condena o réu a restituir tributos pagos indevidamente pelo autor quando na petição inicial o autor se limitou a pedir a declaração de inexistência de relação jurídica tributária com o réu.

Quanto ao último exemplo dado, vale relembrar o que foi dito no item relativo aos capítulos de sentença: as decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), como é o caso da decisão condenatória, são mais amplas do que as decisões meramente declaratórias, na medida em que, por meio daquelas, o

134. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 250.

magistrado não só reconhece (declara) o direito subjetivo do autor à prestação, como também impõe ao réu o dever de cumprimento dessa prestação. Por conta disso, se o autor ingressa com uma ação formulando pedido meramente declaratório de inexistência de obrigação de pagar quantia (como o formulado com base no art. 19, I, c/c art. 20 do CPC) e o juiz *condena* o réu a restituir as quantias indevidamente pagas pelo autor, pode-se ver que essa decisão é *ultra petita* porque vai *além* do pedido formulado: além de *declarar* a inexistência da sua obrigação de pagar, *condena* o réu a restituir o que fora indevidamente pago.¹³⁵

Mas não é só nos casos de *procedência* da demanda que se pode visualizar a decisão *ultra petita*. É *ultra petita* a decisão que, por exemplo, numa ação em que se pede indenização por danos morais decorrentes de um determinado ato ilícito, rejeita a pretensão do autor à percepção de indenização por danos morais e *materiais*, pois neste caso o magistrado acaba concedendo ao réu tutela jurisdicional mais ampla do que a que lhe poderia ter sido concedida¹³⁶.

Quando uma decisão ultrapassa os limites do pedido, ela precisa ser invalidada, já que proferida com vício de procedimento (*error in procedendo*); mas a invalidação deve cingir-se à *parte* em que supera os limites do pedido.

Deve-se ver que uma decisão desse tipo pode ser cindida em, pelo menos, dois capítulos bem distintos: um que corresponde à integralidade do pedido da parte, isto é, vai até o limite por ela estabelecido, e outro que supera esse limite, representando um *plus*. O primeiro capítulo deve ser preservado, porquanto adstrito aos limites objetivos do pedido, salvo se houver outro vício que o contamine; o segundo capítulo, e só ele, precisa ser expurgado da decisão, que será anulada, nessa parte¹³⁷.

Assim, por exemplo, se o autor pediu que o réu fosse condenado ao pagamento de R\$ 70 mil, a título de indenização por danos materiais, e o juiz o condenou ao pagamento de R\$ 100 mil, bastará que o tribunal, analisando o recurso de apelação eventualmente interposto, anule parte da sentença, retirando-lhe o excesso (R\$ 30 mil) e mantendo o capítulo que guarda correlação com o pedido (R\$ 70 mil).

Já quando ultrapassa os limites dos fundamentos de fato postos em debate, a anulação da decisão dependerá do eventual prejuízo que tenha causado¹³⁸ – e mesmo que seja o caso de anulação, cabe ao tribunal decidir desde logo o mérito, se a causa estiver em condições de imediato julgamento (art. 1.013, § 3º, II, CPC).

135. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 242-243.

136. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 275-276.

137. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2ª ed., cit., p. 88.

138. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 259.

Assim, por exemplo, se o fundamento invocado pelo autor, e considerado na motivação da decisão, era por si só suficiente para que o magistrado alcançasse a conclusão estabelecida no dispositivo, não precisará ser anulada a decisão, ainda que leve em conta também outro fato essencial para alicerçar aquela mesma conclusão.

No entanto, se o magistrado analisa os fundamentos de fato trazidos pelas partes (autora e ré), mas, para rejeitar o pedido do demandante, leva em consideração fato essencial novo, não invocado pelo réu nem cognoscível de ofício, aí haverá decisão *ultra petita* por ofensa aos limites objetivos dos fundamentos de fato postos no processo, passível, pois, de anulação em sede recursal.

Lembre-se de que os *fundamentos normativos* não se submetem à regra da congruência, visto que compõem questões de direito, cuja análise pode ser feita de ofício pelo juiz em razão do princípio do *iuria novit curia*. Assim, nada impede que o magistrado, em reforço aos argumentos jurídicos trazidos pelo demandante ou pelo demandado, acrescente outros fundamentos normativos para, respectivamente, acolher ou rejeitar o pedido formulado. Não haverá aí decisão *ultra petita*.

Mas “para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta, previsto no art. 10” (enunciado n. 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Observada a existência de efetivo prejuízo, são também *rescindíveis* (art. 966, CPC), no prazo bienal, as decisões *ultra petita* (seja quanto ao pedido, seja quanto a fundamento de fato). Contudo, vale aqui o mesmo alerta feito acima: a rescindibilidade deve cingir-se à parte viciada da decisão.

Existem, contudo, situações em que o magistrado, legitimamente, pode ir além do pedido da parte, deferindo-lhe mais do que efetivamente foi requerido. É o que acontece, por exemplo: (i) com os chamados pedidos implícitos, assim entendidos aqueles que se consideram incluídos no pedido principal ainda que não formulados expressamente pela parte (p. ex., art. 322, § 1º, e art. 323, CPC); (ii) com as ações de alimentos ou de oferta de alimentos, em que é possível a fixação da verba alimentar em valor superior ao pleiteado, de acordo com parcela da doutrina¹³⁹; (iii) com a possibilidade de fixação da multa coercitiva independentemente de pedido ou em

139. “O credor pode concordar com o valor sugerido pelo devedor, e o juiz arbitrará o *quantum* dos alimentos. Mas a atuação do juiz não é passiva – sendo necessária, ainda, a intervenção do Ministério Público –, e, mesmo que o credor não reclame do valor da oferta, pode o juiz, conforme as circunstâncias, e sopesando as necessidades do(s) alimentado(s) e as possibilidades do alimentante (art. 1.694, §1.º), fixar o valor dos alimentos em quantia superior à mencionada na inicial” (VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. 17, p. 14-15). No mesmo sentido, YUSSEF SAID CAHAL: “Assim, pode o juiz, tanto na oferta do devedor como no pedido do credor, fixar os alimentos em quantitativo superior ao pretendido na inicial, sem importar o arbitramento em decisão *ultra petita*, ou *extra petita*” (CAHAL, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 832).

valor superior ao pleiteado pelo demandante nas decisões que impõem prestação de fazer, não-fazer ou de entregar coisa (art. 139, IV, c/c arts. 537 e 538, § 3º, CPC)¹⁴⁰.

Do mesmo modo, há casos em que o magistrado pode, *ex officio*, conhecer de fundamentos de fato não invocados pelas partes. Por exemplo: (i) quando se tratar de fato superveniente constitutivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 493, CPC), que é assunto sobre o qual se falará mais adiante; (ii) alguns fundamentos de defesa, como o pagamento, a decadência legal (art. 210, Código Civil), a existência de causa de nulidade do negócio jurídico (arts. 168, p. único, e 424, ambos do Código Civil), desde que haja prova nos autos da ocorrência desses fatos; (iii) o fato notório (art. 374, I, CPC).

Em conclusão, se, além de conhecer os fundamentos de fato invocados pela parte, o juiz acrescentar à sua fundamentação um desses fatos essenciais, não há que se falar em decisão *ultra petita*.

5.2.2.2. Decisão extra petita

Diz-se *extra petita* a decisão que (i) tem natureza diversa ou concede à parte coisa distinta da que foi pedida¹⁴¹, (ii) leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou (iii) atinge sujeito que não faz parte do processo. Sobre a decisão *extra petita* que se caracteriza por extrapolar os limites subjetivos do processo (sujeitos), falaremos no próximo item.

Como já se viu no item precedente, a decisão *extra petita* difere da *ultra petita* porque nesta o magistrado analisa o pedido ou o fundamento de fato invocado pela parte, mas vai além dele, enquanto que naquela (*extra petita*) o juiz não analisa o pedido ou o fundamento invocado pela parte: analisa-se outro pedido ou outro fundamento, ambos não invocados.

Pode-se afirmar, portanto, que aqui o magistrado *inventa*, dispondo sobre (i) uma espécie de provimento ou uma solução não pretendidos pela parte, (ii) um fato não alegado nos autos ou (iii) um sujeito que não participa do processo¹⁴².

140. Vallisney de Souza Oliveira chama atenção de que se trata de hipótese que excepciona a necessidade de congruência entre o pedido *imediato* e a decisão, porque a medida coercitiva não é o bem jurídico almejado pelo autor, mas tão somente um meio para que o possa obter (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 284).

141. Como visto no volume 1 deste *Curso*, pode-se distinguir, no pedido, um objeto *imediato*, correspondente à providência jurisdicional que se pretende obter (condenação, expedição de ordem, constituição de nova situação jurídica etc.), e um objeto *mediato*, correspondente ao próprio bem da vida almejado. A congruência objetiva alcança, a princípio, tanto o pedido imediato quanto o mediato.

142. Naturalmente, o verbo “inventar” é utilizado aqui com objetivo tão somente mnemônico. Assim, ainda que o fato analisado na decisão tenha, efetivamente, ocorrido, ele seria “inventado” em relação à realidade dos autos do processo. Trata-se apenas de uma fórmula para facilitar o entendimento.

Não se pode perder de vista que, como já se disse anteriormente, a regra da congruência, seja ela interna ou externa, aplica-se a todo tipo de demanda. Na instância recursal, o tribunal fica igualmente obrigado a observar os limites cognitivos estabelecidos pela parte recorrente. É o que se chama de efeito devolutivo do recurso. A sua inobservância implica vício de procedimento. É por isso que é vedada, na esfera recursal, a *reformatio in pejus*.

Exemplo de ofensa à congruência objetiva se dá quando a parte pede que o adversário seja condenado ao pagamento de uma quantia e o juiz, sem analisar esse pedido, o condena à entrega de uma coisa determinada; ou ainda quando o juiz, ao decidir, leva em consideração, na sua motivação, fundamento de fato não alegado por qualquer das partes e cuja análise não poderia ter sido feita de ofício.

Há, também nesses casos, *error in procedendo*.

Se isso acontece, impõe-se a invalidação de toda a decisão, tendo em vista que, em regra, não há o que possa ser aproveitado.

Naturalmente, se a decisão contiver vários capítulos e apenas quanto a um deles se mostra *extra petita*, bastará que se anule o capítulo viciado, preservando-se os demais. Em qualquer caso, uma vez invalidada a decisão ou o capítulo, cabe ao tribunal decidir desde logo o mérito, se a causa estiver em condições de imediato julgamento (art. 1.013, § 3º, II, CPC).

Se a decisão transitou em julgado, cabível a ação rescisória, no prazo legal de dois anos.

Interessante observar que, diante da posição adotada pela doutrina brasileira, que apenas vê utilidade na cisão *do dispositivo* da decisão em capítulos, e não na cisão *da sua fundamentação*¹⁴³, a constatação de que o juiz invocou fundamento de fato não suscitado pelas partes deveria ensejar sempre a invalidação de *toda* a decisão, justamente porque a fundamentação seria, segundo esse entendimento majoritário, incindível. Mas não é bem assim. Ainda que a fundamentação do julgado não possa ser cindida em capítulos – premissa com a qual não concordamos –, o princípio do aproveitamento dos atos processuais (art. 281, CPC) impõe que seja preservada a parte da decisão não afetada pelo novo fundamento – desde que, obviamente, isso possa ser objetivamente aferido.

Assim, por exemplo, numa demanda em que se pede a condenação do réu ao pagamento de quantia a título de indenização por danos morais e materiais, se o juiz invocou, de ofício, um novo fundamento de fato relacionado apenas à extensão dos danos materiais, e se

143. Ver, com amplas referências doutrinárias, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 18-30.

esse fato era irrelevante para a deliberação sobre o capítulo relativo à indenização por danos morais, a sua decisão condenatória somente precisará ser anulada quanto ao capítulo referente à deliberação sobre os danos materiais, único efetivamente atingido pela extrapolação do limite objetivo da demanda.

Mas existem exceções à limitação de que ora se fala.

Há situações em que é lícito à decisão desbordar-se dos seus limites objetivos.

a) Quanto ao *pedido imediato* formulado na demanda (a providência jurisdicional requerida), os arts. 84 do CDC e 536, §1º, CPC autorizam o magistrado a tomar providência *ex officio*, de modo a alcançar com mais facilidade e eficiência o resultado prático almejado; assim, por exemplo, verificando que a ordem requerida não é a mais adequada, o juiz pode tomar providências executivas para a obtenção do bem da vida pretendido¹⁴⁴.

Importante repetir que, se o autor ingressa com uma ação pleiteando que o juiz *condene* o réu ao pagamento de quantia (prestação de pagar quantia), nada impede que o magistrado, observando que o autor efetivamente tem direito a uma prestação, mas constatando que esse direito ainda não pode ser exigido (porque a dívida ainda não está vencida, por exemplo), limite-se a simplesmente reconhecer (declarar) o direito à prestação, sem impor ao réu a ordem de cumprimento (porque ainda inexigível). Nesse caso, não há nenhuma ofensa à regra da congruência e a decisão *não é extra petita*. A rigor, o magistrado está concedendo *menos* do que o que foi pleiteado (pediu-se a condenação e ele concedeu mera declaração).

b) Quanto ao *pedido mediato* (bem da vida, resultado prático buscado com a demanda):

(i) o art. 536 do CPC permite que o juiz tome providências no sentido de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, de modo que é possível, desde que respeitados alguns limites – sobre os quais falamos no v. 5 deste *Curso* –, que o juiz defira à parte coisa diversa da inicialmente pretendida¹⁴⁵;

144. Admitindo que esses dispositivos configuram uma mitigação à regra da congruência: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 119-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os gêneros do processo e o objeto da causa*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2, p. 327; WATANABE, Kazuo. “Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)”. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43. CABRAL, Antonio do Passo. “Da sentença ao conteúdo mandamental: proposta de sistematização do regime jurídico para as ordens judiciais”. DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 176-178.

145. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, cit., p. 120; MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*, cit., p. 208. Vallisney de Souza Oliveira chama atenção, com acerto, de que ao regra da congruência pode ser “legalmente deixada de lado, mas não o princípio constitucional do contraditório”; por isso, o autor afirma que é indispensável que se dê oportunidade às partes para

(ii) o art. 554 do CPC admite a fungibilidade nas demandas possessórias;

(iii) se o juiz observa que as partes se utilizam do processo para simulação ou para alcançar fins ilícitos (colusão), deve proferir, de acordo com o que diz o art. 142 do CPC, decisão que obste os seus objetivos; assim, é admissível que, para frustrar o intento dos falsos contendores, profira decisão fora dos limites do pedido¹⁴⁶;

(iv) nas ações em que se pleiteia o pagamento de benefício previdenciário decorrente de acidente do trabalho, tem-se mitigado a regra da congruência, admitindo-se a concessão de benefício distinto daquele pleiteado pelo autor, quando o exame pericial assim o indicar¹⁴⁷.

Um exemplo de decisão *extra petita* nos termos desta última exceção é aquela em que a parte requereu determinado benefício previdenciário, tal como o auxílio doença, e o magistrado, percebendo que é caso de auxílio acidente, concede-lhe esse outro benefício, que não foi objeto do pedido. Note-se que uma decisão dessa natureza viola o contraditório, pois o réu se teria defendido acerca dos pressupostos de um benefício e não do outro, e a regra da congruência, tendo em vista que o autor pede um benefício e recebe um diverso. O STJ, no entanto, afirmou que “O juiz pode conceder ao autor benefício previdenciário diverso do requerido na inicial, desde que preenchidos os requisitos legais atinentes ao benefício concedido”. (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.367.825-RS, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 18.4.2013). Muito embora se possa considerar uma maior amplitude na análise do pedido em matéria previdenciária, isso não permite ao magistrado, segundo entendemos, conceder pedido diverso daquele requerido pela parte.

c) Quanto aos *fundamentos de fato da demanda ou da defesa*, vale aqui tudo o que se disse, sobre esse mesmo aspecto, no subitem precedente, relativo à decisão *ultra petita*; em que pese não poder o magistrado, como regra, conhecer *ex officio* das questões de fato, poderá fazê-lo em algumas situações:

(i) quando se tratar de fato superveniente constitutivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (art. 493, CPC), que é assunto sobre o qual se falará mais adiante;

que se manifestem sobre a tutela equivalente que se pretende deferir (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 286). Nesse mesmo sentido, MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*, cit., p. 210. O pensamento ganha muita força, tendo em vista o art. 10 do CPC.

146. Vallisney de Souza Oliveira traz um interessante exemplo: “em conluio dois invasores de terras combinam entrar um contra o outro com ação de reintegração de posse na propriedade do Poder Público, a fim de que possam legitimar pela ordem judicial a pretendida invasão. (...) Ao tomar conhecimento desse ato simulado, o juiz não julga procedente nem improcedente a reintegração, mas, ao mesmo tempo, declara a propriedade do Estado” (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 313).

147. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 318-326.

(ii) alguns fundamentos de defesa, como o pagamento, a decadência legal (art. 210, Código Civil), a existência de causa de nulidade do negócio jurídico (arts. 168, p. ún., e 424, ambos do Código Civil), desde que haja prova nos autos da ocorrência desses fatos;

(iii) o fato notório (art. 374, I, CPC).

5.2.2.3. Decisão *citra petita*

5.2.2.3.1. Generalidades

Citra petita (ou *infra petita*¹⁴⁸) é a decisão que deixa de analisar (i) pedido formulado, (ii) fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte ou (iii) pedido formulado por ou em face de um determinado sujeito do processo. Igualmente, deixaremos para o item sobre congruência subjetiva a análise desse último aspecto.

Se na decisão *ultra petita* o juiz *exagera e*, na *extra petita*, ele *inventa*, na decisão *citra petita* o magistrado *se esquece* de analisar algo que tenha sido pedido pela parte ou tenha sido trazido como fundamento do seu pedido ou da sua defesa.

Daí se vê que *citra/infra petita* é decisão em que houve omissão quanto ao exame de uma questão, seja ela *incidental* ou *principal*¹⁴⁹.

5.2.2.3.2. Espécies de decisão *citra petita*

Há, portanto, dois tipos de decisão omissa: 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*).

Percebeu o ponto Vallisney de Souza Oliveira, classificando a omissão em *total* e *parcial*: “Na omissão total existe clara e verdadeira transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo fato de

148. Cândido Rangel Dinamarco diferencia a decisão *citra* da *infra petita*, afirmando que aquela é a decisão que fica aquém do pedido, que não o analisa completamente, enquanto esta é decisão que, analisando-o completamente, o acolhe parcialmente (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 135, nota 24). A despeito disso, as expressões serão utilizadas neste trabalho como sinônimas.

149. Como visto no v. 1 deste *Curso*, no capítulo sobre a teoria da cognição, e repetido linhas atrás, quando do estudo da fundamentação da decisão judicial, há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta, em regra, a ficar imunizada pela coisa julgada (ressalva-se aqui a questão incidental prejudicial de que fala o § 1º do art. 503 do CPC). Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do juízo. Somente estas se sujeitam à coisa julgada cujo regime é regulado pelo *caput* do art. 503 do CPC.

que nenhum pronunciamento foi exarado, ao passo que na omissão parcial há jurisdição deficiente e negação parcial do poder judicial de decidir, como, v. g., não julgamento das preliminares e de outras questões constantes exclusivamente da relação processual. Em caso de acumulação de demandas, na qual apenas um pedido (correspondente a uma demanda) foi julgado, sem que se tenha examinado o outro, parece existir omissão total, porquanto na verdade eram duas as demandas a serem julgadas por uma única sentença, esta dividida substancialmente em capítulos”.¹⁵⁰

No primeiro caso (letra *a*), não se pode dizer que a decisão tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito¹⁵¹. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício¹⁵².

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; *não se pode invalidar o que não existe*¹⁵³.

A *integração* da decisão é uma das possíveis pretensões que podem ser deduzidas em um recurso. *Integrar* a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; *integrar* a decisão não é invalidá-la.

Tanto a decisão que não examina o pedido é, neste aspecto, uma não-decisão, que é plenamente possível a repositura de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, na medida em que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido e, pois, não existe¹⁵⁴. Não pode ficar

150. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 270.

151. “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 ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser desfeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (*facio*) e sugere estar mal feito”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 13-14.)

152. “Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser *total* ou *parcial*, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”. *Temas de direito processual – segunda série*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247.)

153. Em sentido diverso, considerando que a decisão que não examinou um pedido é nula, por exemplo, OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 269; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, n. 2 ao art. 460, p. 1.399.

154. Nesse sentido, o enunciado n. 7 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O pedido, quando omitido em decisão judicial transitada em julgado, pode ser objeto de ação autônoma”.

imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque não é (não existe)¹⁵⁵. Justamente por isso, impossível o manejo de ação rescisória para desconstituir o que não existe.

Exemplo do que se está dizendo é o art. 85, § 18, do CPC, que admite a propositura de ação autônoma para definição e cobrança de honorários de sucumbência quando a decisão transitada em julgado for omissa quanto ao assunto. Também por isso o *caput* do art. 503, que cuida da coisa julgada, exige que a questão seja *expressamente* decidida.

Com isso, está finalmente superado o enunciado n. 453 da súmula do STJ, segundo o qual “os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”. É a conclusão alcançada no enunciado n. 8 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Fica superado o enunciado 453 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC”.

Em edições anteriores deste *Curso*, já havíamos manifestado discordância quanto a esse entendimento do STJ¹⁵⁶.

Situação diversa é a da decisão que, analisando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio* (letra *b*).

Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração (art. 1.022, II, CPC). A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial?

No primeiro caso, *não* deve o tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado. Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, deve o tribunal decidir desde logo o pedido sobre o qual houve omissão (art. 1.013, § 3º,

155. Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo”, cit., p. 241-252.

156. Também criticando o enunciado n. 453 da súmula do STJ, ver: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Omissão judicial na fixação de honorários advocatícios”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 739 e segs; GOMES, Danilo Heber. *Ato processual (in)existente*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106-114.

III, CPC). A questão somente deve ser remetida ao juízo *a quo*, para que decida o pedido não examinado, se não for possível ao próprio tribunal julgá-la. Neste último caso, para que a remessa ao juízo *a quo* não impeça o prosseguimento do processo em relação aos pedidos que já foram examinados, se os autos não forem eletrônicos, deve o tribunal determinar a extração de cópia dos autos, para que os originais, ou a cópia, desçam ao juízo *a quo*, e o processo prossiga nos autos suplementares – ou nos originais, tanto faz.

O tribunal pode tomar essas providências independentemente de pedido na apelação¹⁵⁷, pois, como já foi visto, a decisão recorrida não está sendo reformada ou anulada. Trata-se de um juízo de fato do colegiado, que constata a ausência de solução de um pedido. Se, no entanto, a causa estiver em condições de imediato julgamento, deve o tribunal ouvir as partes antes de decidir (art. 9º, CPC).

O segundo problema é de mais fácil solução.

A omissão sobre argumento essencial é vício que pode ensejar a invalidade da decisão, já que o legislador a considera não fundamentada (art. 489, § 1º, IV, CPC). A apelação pode, portanto, veicular tal omissão como fundamento para pedir a anulação da sentença – e, nesse caso, o tribunal deverá decretar a nulidade da decisão e, se houver condições, rejulgar desde logo o mérito, enfrentando o argumento sobre o qual havia omissão (art. 1.013, § 3º, IV, CPC)¹⁵⁸.

Afora isso, a apelação, e de resto os demais recursos, devolvem ao juízo *ad quem* o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, que possam interferir na solução do objeto litigioso recursal (a pretensão do demandante), de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 1.013 do CPC. Desse modo, se a omissão não for suscitada como fundamento de um pedido de anulação, o argumento essencial sobre o qual silenciou o juízo *a quo* terá de ser enfrentado por força da profundidade do efeito devolutivo do recurso, sob pena de a decisão do próprio tribunal restar viciada por falta de fundamentação (art. 489, § 1º, IV, CPC).

Mantendo-se a omissão quanto a fundamento relevante e sobrevindo o trânsito em julgado da decisão, é cabível a ação rescisória.

157. Com a ressalva já feita de que a sentença, nesses casos, não deve ser invalidada, porque decisão não há, ver esse julgado da 6ª T. do STJ no REsp n. 243.988/SC, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 27.10.2004, publicado no DJ de 22.11.2004, p. 393: “1. A eg. Terceira Seção desta Corte, pelas Turmas que a compõem, firmou entendimento no sentido de que a decretação de nulidade da sentença *citra petita* pode ser realizada de ofício pelo Tribunal *ad quem*. Nesse caso, o recurso de apelação não está condicionado à prévia oposição de embargos de declaração”. No mesmo sentido, fazendo-se a mesma ressalva, STJ, 6ª T., REsp n. 500.175/MA, rel. Min. Paulo Medina, j. 06.04.2004, publicado no DJ de 03.05.2004, p. 221. STJ, 2ª T., AgRg no REsp n. 437.877/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 04.11.2008, publicado no DJe de 09.03.2009.

158. Nesse sentido, enunciado n. 307 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do §3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa”.

Percebe-se, então, que a não oposição dos embargos de declaração contra uma decisão omissa não gera qualquer preclusão, permitindo a correção da omissão pelo tribunal. Ademais, no primeiro caso, não haveria sequer a possibilidade teórica de alegar qualquer espécie de preclusão ou coisa julgada: se não houve decisão, a coisa julgada recairia sobre o quê? Imaginar-se-ia uma possível solução, tornando-a indiscutível? Qual: procedência, procedência parcial ou improcedência? “É ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *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!”¹⁵⁹

5.2.2.3.3. Problemas específicos da decisão *citra petita*

Por último, é importante examinar a decisão *citra petita* à luz de três situações: a) cumulação de pedidos, b) pedido implícito e c) cumulação de fundamentos do pedido ou da defesa.

Quando há *cumulação de pedidos*, a necessidade da análise de todos os pedidos cumulados dependerá do tipo de cumulação de que lançou mão a parte¹⁶⁰. Quando o requerente formula pedidos em *cumulação própria*, será *citra petita* a decisão que deixar de analisar qualquer deles.

Quando o requerente formula pedidos em *cumulação imprópria subsidiária* (ou *eventual*), deverá o juiz analisar o pedido principal e, somente no caso de não admiti-lo ou de indeferi-lo, poderá passar ao exame do pedido subsidiário (art. 326, CPC).

Assim, *infra petita* é a decisão que, sem analisar o pedido principal, passa ao exame imediato do subsidiário, bem como aquela que, inadmitindo ou rejeitando o pedido principal, deixa de resolver o pedido subsidiário.

Por último, se o demandante formula pedidos em cumulação alternativa – é o que se dá quando pretende obter uma coisa *ou* outra, sem estabelecer qualquer ordem de preferência (art. 326, p. ún., CPC) –, será *citra petita* a decisão que não analisar nenhum deles ou não apreciar um dos pedidos, quando o outro for rejeitado.

Quanto ao *pedido implícito*, tem-se que, se o magistrado deixar de resolver questão sobre a qual, por vontade do legislador, deveria manifestar-se

159. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 243. E arremata o mesmo autor: “... caso falte conclusão sobre *algum* item, não haverá sentença *nessa parte*, nem, pois, quanto a ela, *res iudicata*. Se a sentença inexistente não produz coisa julgada – proposição que ninguém questionará –, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 247).

160. Sobre cumulação de pedidos, ver, no v. 1 deste *Curso*, o capítulo sobre formação do processo e petição inicial.

independentemente de requerimento do interessado, haverá aí omissão e, pois, a sua decisão será, quanto à questão não resolvida, *citra petita*.

O interessante aqui é notar que a omissão existirá *ainda que* nenhum pedido tenha sido expressamente formulado, porque o dever de resolver a questão, como se disse, decorre de uma vontade do legislador.

Quanto à *cumulação dos fundamentos do pedido ou da defesa*, já vimos que o órgão julgador tem o dever de apreciar todos os argumentos essenciais que, em tese, sejam capazes de infirmar a solução por ele alcançada (art. 489, § 1º, IV, CPC). Não é obrigado a analisar todos os argumentos que a confirmam; mas é obrigado a enfrentar todos os que a infirmam. A decisão que eventualmente não os enfrenta é *citra petita* – e, neste caso, inválida. O caso já não é de uma não-decisão, como ocorre quando há omissão em relação a pedido. Aqui, *há uma decisão*, mas essa decisão, por lei, considera-se não fundamentada – e, por isso, inválida.

Quanto à *cumulação dos fundamentos do pedido ou da defesa*, já vimos acima que o magistrado tem o dever de emitir o seu juízo de valor sobre todos os argumentos essenciais que, em tese, sejam capazes de infirmar a conclusão por ele alcançada, sob pena de a decisão considerar-se como não fundamentada (art. 489, § 1º, IV, CPC). Assim, por exemplo, se o pedido se funda em mais de um argumento, qualquer deles suficiente para fazer alcançar o bem da vida pretendido, pode o magistrado, convencendo-se quanto a um deles, deixar de analisar o outro, por ser desnecessário; mas se não estiver convencido de um deles, deve necessariamente analisar o outro, sob pena de proferir decisão *citra petita* e, segundo a lei, com vício de fundamentação. A mesma lógica vale quando a defesa se funda em mais de um argumento.

5.2.3. A congruência subjetiva

A decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais do processo, não podendo, ao menos em regra, atingir quem dele não tenha participado. É dizer: as questões resolvidas na motivação da decisão, bem como o conteúdo da sua parte dispositiva somente vinculam, a princípio, os sujeitos parciais do processo, razão por que somente em relação a eles a decisão produzirá seus efeitos diretos.

Essa é a regra da congruência subjetiva.

Naturalmente, fere a regra da congruência subjetiva a decisão que produz efeitos em relação ao sujeito que, embora tenha participado da relação processual, dela já não mais participa¹⁶¹ porque (i) foi excluído por ato anterior do juiz – como ocorre com a exclusão

161. A oportuna lembrança é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 287-288.

decorrente da ausência de requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito em relação a algum dos sujeitos (incapacidade processual, por exemplo) ou com a exclusão decorrente da dissolução de litisconsórcio multitudinário (art. 113, § 1º, CPC); (ii) foi excluído por ato de vontade da parte – a desistência ou renúncia apresentada por um dos litisconsortes ativos ou em favor de um dos litisconsortes passivos; (iii) ocorreu uma das hipóteses de alteração subjetiva do processo – como, por exemplo, a sucessão do alienante pelo adquirente, na alienação da coisa litigiosa (art. 109, § 1º, CPC), ou ainda nos casos de sucessão *mortis causa* (art. 110, CPC).

Se a decisão judicial dispõe sobre a situação jurídica de sujeito que não fez (ou não faz) parte do processo no qual ela se formou, ela será subjetivamente incongruente. Será *ultra petita*, se seus efeitos atingirem quem faz parte do processo e também quem dele não participa; será *extra petita*, se apenas atingir quem não participa do processo; será *citra petita*, se não regulamentar a situação jurídica de todos os envolvidos no processo, seja no polo ativo, seja no passivo.

É o que se dá, por exemplo, com a decisão que impõe obrigação a litisconsorte passivo necessário não-citado ou com a que reconhece direito em favor de sujeito que não compôs o polo ativo da demanda. É o que ocorre, também, quando o magistrado julga improcedente o pedido formulado pelo demandante e afirma, em sua conclusão, que esse pedido também é (ou seria) improcedente em face de sujeito que não participou do processo¹⁶².

Se a decisão for *ultra petita*, basta que, num eventual recurso manejado contra ela, seja anulada na parte em que se mostra incongruente, expurgando-se dela o capítulo em que dispõe sobre o sujeito que não participou do processo e mantendo-se o capítulo que regulamenta a situação jurídica do que efetivamente foi parte.

Se for *extra petita*, precisará ser totalmente invalidada, não havendo o que possa ser aproveitado.

Sobrevindo, porém, o trânsito em julgado, admite-se o ajuizamento, nos dois anos que se lhe seguirem, da ação rescisória¹⁶³, embora não seja essa a orientação majoritária. Por se tratar, no entanto, de vício *transrescisório* – sobretudo o da decisão que desfavorece sujeito que não participou do processo –, é admissível a arguição desse tipo de nulidade até mesmo após o prazo para rescisória, o que pode ser feito na impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 1º, I, CPC; art. 535, I, CPC) ou mesmo mediante ação autônoma, denominada de *querela nullitatis*¹⁶⁴.

162. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 275-276.

163. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 251.

164. Ver o capítulo relativo à ação de nulidade de sentença (*querela nullitatis*), no v. 3 deste Curso.

Sendo *citra petita*, a decisão precisará ser integrada em grau recursal, acrescentando-lhe o capítulo faltante. Sobrevindo o trânsito em julgado, não há que se falar em ajuizamento de ação rescisória, pelo simples motivo de que não houve aí decisão quanto a um dos sujeitos envolvidos no processo. Assim, será possível, no particular, o ajuizamento de nova demanda.

Os fundamentos da decisão também se submetem à regra da congruência subjetiva.

A resolução das questões incidentais somente vincula as partes envolvidas no processo, não se estendendo a quem dele não tenha participado.

É por isso que, em regra, uma mesma questão, seja de fato ou de direito, resolvida *incidenter tantum* num processo pode ter solução diversa em outro processo, salvo se sobre ela recair a coisa julgada de que fala o art. 503, § 1º, do CPC. Assim, por exemplo, se “A” move contra seu ex-empregador demanda pleiteando indenização por danos materiais em razão de ter sido acometido por doença profissional incapacitante durante o exercício de suas atividades e o juiz a julga procedente, por considerar insalubre o ambiente de trabalho, uma posterior demanda, movida por “B”, que exercia as mesmas atividades que “A”, contra o mesmo ex-empregador e pelo mesmo fundamento (doença profissional incapacitante), não necessariamente terá a mesma sorte do processo manejado por “A”. É possível que, neste segundo processo, o juiz não se convença da insalubridade do ambiente de trabalho e a julgue improcedente. A possibilidade de que a mesma questão seja resolvida de modos distintos decorre do fato de que (i) o dispositivo e os fundamentos contidos na primeira decisão somente vinculam as partes envolvidas naquele processo (regra da congruência subjetiva) e (ii) o juiz condutor do segundo processo pode resolver as questões incidentais que são postas à sua apreciação, bastando que justifique racionalmente o seu convencimento.

Casos há, contudo, em que uma decisão pode extravasar os limites subjetivos da demanda, estendendo seus efeitos a quem não participou do processo no qual ela se formou. São, em geral, situações em que a coisa julgada opera *ultra partes* ou *erga omnes*¹⁶⁵. Mas há outros casos, devidamente previstos em lei.

Exemplo disso é o art. 328 do CPC, que admite que um terceiro se beneficie de decisão proferida em processo do qual não participou: se vários sujeitos são credores de uma obrigação cujo objeto é indivisível, mesmo aquele que não participou do processo receberá a sua parte, deduzidas as despesas na proporção do seu crédito.

165. O tema será examinado neste mesmo volume do *Curso*, no capítulo dedicado à coisa julgada (item que trata dos seus limites subjetivos).

Mais uma exceção pode ser vista no caso do recurso interposto por apenas um dos litisconsortes. A decisão que resolve a demanda recursal, em regra, apenas produz efeitos em relação ao recorrente. É possível, porém, que o resultado aí obtido atinja os outros litisconsortes, ainda que não tenham interposto recurso, nos casos de litisconsórcio unitário (art. 1.005, CPC). Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por apenas um dos devedores solidários estende seus efeitos aos demais (art. 1.005, p. único, CPC), se a defesa for comum, ainda que não haja litisconsórcio unitário entre eles¹⁶⁶.

O art. 883, p. ún., do Código Civil traz mais uma interessante exceção à regra da congruência subjetiva, admitindo que, nos casos em que o autor pede a repetição de indébito de coisa ou quantia dada para a obtenção de fim ilícito ou imoral, o juiz, concluindo ter havido o pagamento indevido, condene o réu à restituição da coisa ou da quantia, revertendo-a a um estabelecimento local de beneficência. Como se vê, a decisão aí favoreceria sujeito não-participante do processo.

5.3. A congruência interna

5.3.1. Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido

A correlação que há entre a decisão e o pedido que lhe dá ensejo permite que se possa estabelecer entre eles uma comparação quanto aos seus requisitos internos, assim entendidos aqueles essenciais à inteligência do ato. A decisão, do mesmo modo que o pedido, deve mostrar-se congruente em si mesma, vislumbrando-se nela uma coerência interna, sob pena de ser inválida.

No estudo sobre petição inicial (v. 1 deste *Curso*), viu-se que o pedido precisa revestir-se de quatro requisitos internos: *certeza*, *liquidez*, *clareza* e *coerência*. Pode-se estabelecer um paralelo perfeito entre esses quatro requisitos do pedido e os quatro requisitos da decisão: *certeza*, *liquidez*, *clareza* e *coerência*. É exatamente isso que se passa a demonstrar.

5.3.2. Certeza (art. 492, p. ún., CPC)

Ao tempo do CPC-1973, era corrente o entendimento de que, pelo teor do seu art. 460, p. único, a decisão judicial não podia, ela mesma, criar condições à sua própria eficácia¹⁶⁷. O referido artigo dispunha que “a sentença deve ser certa, ainda

166. Vale lembrar que a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (arts. 257 a 263, Código Civil).

167. Nesse sentido, por exemplo: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11 ed., v. 1, p. 223; OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 214.

quando decida relação jurídica condicional”. O parágrafo único do art. 492 do CPC atual praticamente repete o que aquele dispositivo dizia: “a decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional”.

A afirmação de que a decisão não pode criar condições à própria eficácia precisa ser bem analisada, para que se possam definir os seus limites. Com efeito, o parágrafo único do art. 492 determina que a decisão seja *certa*; nada há aí que diga que ela não pode criar uma condição para que seja eficaz. Existe uma diferença grande entre uma coisa e outra.

Certo é o pronunciamento do juiz quando ele expressamente *certifica* a existência ou inexistência de um direito afirmado pela parte, ou ainda quando expressamente *certifica* a inviabilidade de analisá-lo (quando falta requisito de admissibilidade do procedimento). A *certeza* consubstancia-se, portanto, na necessidade de o juiz, ao analisar o pedido que lhe foi dirigido, firmar um *preceito*, definindo a norma jurídica para o caso concreto e, com isso, retirar as partes do estado de dúvida em que se encontravam¹⁶⁸.

Do mesmo modo que o pedido deve ser certo, isto é, deve ser expressamente formulado, definindo exatamente o objeto da pretensão, também a decisão que o analisa, porque a ele se correlaciona, deve ser certa, é dizer, expressa em termos inequívocos quanto à conclusão a que o magistrado chegou acerca daquele pedido: acolhê-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, ou ainda não analisá-lo.

A certeza é requisito que deve ser observado mesmo quando o pedido se refira a uma *relação jurídica condicional*, isto porque uma coisa é a condição que eventualmente recaia sobre o direito reconhecido na decisão, outra coisa é a condição que se impõe para o reconhecimento desse mesmo direito¹⁶⁹.

É o que ocorre, por exemplo, quando, em ação declaratória, se pede para que o magistrado certifique a existência de um determinado contrato verbal cujos efeitos estão sujeitos a termo ou condição. Em casos tais, a efetivação da decisão proferida somente será possível se o credor demonstrar, na própria fase executiva do procedimento, que se realizou a condição ou que ocorreu o termo a cuja superveniência estão submetidos os efeitos do negócio firmado (art. 514, CPC).

Teori Zavascki lembra que “os que sustentam que apenas a sentença condenatória é apta a desencadear o processo de execução encontram dificuldades em justificar a executividade do provimento a que

168. “A sentença deve ser *precisa*, no sentido de *certa*, tradutora de *certeza*, de modo a tornar indubitável aquilo a que condena o réu (sentença condenatória) ou o que declara (sentença declaratória) ou o que constitui ou desconstitui (sentença constitutiva)” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 443).

169. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”. *Estudios de derecho procesal*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, v. 2, p. 185.

se refere o citado artigo, especialmente quando se refere a relação jurídica subordinada a condição suspensiva”.¹⁷⁰

Disso se pode concluir que a *certeza* a que alude o art. 491, p. único, do CPC é atributo que se relaciona à *validade* do pronunciamento judicial; é um qualificativo que se pode atribuir à decisão. Inicialmente, deve *existir* uma decisão, ou seja, uma conclusão expressa acerca do pedido dirigido ao órgão jurisdicional. Existindo essa conclusão, a decisão somente será válida se, dentre outras coisas, for *certa*, se firmar um preceito, estabelecendo uma certeza.

A exigência da *certeza* como requisito de validade da decisão não impede que o juiz, ao julgar, crie, ele mesmo, uma condição de eficácia do seu pronunciamento¹⁷¹. E isto se dá porque, enquanto a *certeza* é atributo que se relaciona ao *plano da validade* do ato jurídico *sentença*, a sujeição, ou não, desse ato a uma *condição* é situação relacionada ao *plano da eficácia*.

Eis o que diz Pontes de Miranda: “De condição somente se pode falar quando a *eficácia* de determinada manifestação de vontade, entrando no mundo jurídico, fica dependente de circunstância incerta, que não pertence ao que se chamou suporte fático ‘legal’ (...). O elemento, *que a condição realiza*, não é elemento do suporte fático, no que ele é necessário à existência e à validade; e só alude à *eficácia*”.¹⁷²

Existem alguns exemplos de decisões que se sujeitam, legitimamente, a condições por elas mesmas criadas:

a) a decisão que impõe uma obrigação de fazer, não-fazer ou de entregar coisa num determinado prazo, sob pena de incidência de multa, opera efeitos imediatamente em relação ao reconhecimento do direito à prestação e à imposição dessa prestação ao réu, mas se sujeita a uma condição suspensiva, por ela mesma criada, quanto à incidência da medida coercitiva, eis que a multa somente passará a incidir se não houver cumprimento espontâneo no prazo previsto;

b) de acordo com o art. 27 da Lei n. 9.868/99, o STF pode, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, restringir os efeitos temporais da sua decisão, fixando outro termo a partir do qual ela será eficaz; esse termo poderá ser a data do trânsito em julgado do acórdão ou qualquer outro momento, no passado ou no futuro, desde que haja deliberação, nesse

170. ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.). 3ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 33.

171. Vicente Greco Filho afirma o seguinte: “Isso não quer dizer que a sentença não possa estabelecer, por exemplo, alguma prestação do autor para que se possa executá-la, mas isso não a torna incerta ou condicional. A condenação é certa, mas a execução deve ser precedida de algum ato do credor” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed., v. 2, p. 258).

172. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*, cit., t. 5, p. 73-74.

sentido, de no mínimo dois terços dos seus membros e que esta deliberação esteja fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social; vê-se, pois, que o legislador termina por conferir ao STF a possibilidade de proferir uma decisão condicional, porquanto sujeita a termo ou condição suspensiva de eficácia;

c) a decisão que condena o beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de despesas e honorários advocatícios é mais um exemplo de decisão que prevê condição à sua própria eficácia (art. 98, § 3º, CPC): ela certifica o direito de se exigir do beneficiário o pagamento daquelas quantias, mas a eficácia da condenação fica suspensa até que sobrevenha, nos próximos cinco anos, um evento futuro e incerto (incremento de fortuna do beneficiário); se ele vier, poderá o credor executá-lo; se não, perderá o direito ao crédito.

É possível, ainda, que a eficácia da sentença fique sob *condição legal suspensiva*, como acontece nas hipóteses de reexame necessário (art. 496, CPC) ou *condição legal resolutive*, nos casos em que a sentença é proferida e a parte vencedora interpõe, com base no §1º do art. 1.009, CPC, apelação exclusivamente para discutir decisão interlocutória que, no curso do processo, resolveu questão preliminar ou prejudicial¹⁷³.

Dessa forma, quando se exige, no parágrafo único do art. 492 do CPC, que a decisão seja *certa*, está-se impondo que ela firme um preceito, uma certeza, seja para reconhecer a existência ou inexistência do direito buscado pela parte, seja para reconhecer a impossibilidade de se analisar o pedido formulado. Esse reconhecimento é que não pode ser condicionado.

Em função disso, não é lícito ao magistrado, por exemplo, declarar o direito do autor a uma indenização por danos que eventualmente venham a ser demonstrados na fase de liquidação.

Essa vedação não decorre do fato de a decisão prever, ela mesma, uma condição, mas sim porque o evento futuro e incerto por ela previsto condiciona a própria certeza que deveria ser estabelecida na decisão.

Assim, a pretexto de certificar, o juiz afirma existente o que ele mesmo diz que *ainda* não existe¹⁷⁴ – tanto que relega à fase de liquidação a apuração da própria existência dos danos (*an debeatur*). Pode-se ver que aí *existe* uma decisão, consubstanciada na manifestação expressa da vontade do órgão julgador, mas essa decisão é inválida porque nada certifica, não firma preceito algum e, por isso, não retira as partes da situação de dúvida em que se encontravam.

173. Sobre o assunto, remetemos à leitura do v. 3 deste Curso.

174. É nesse sentido que se pode dizer que a sentença condicional é a “correta expressão de uma impossibilidade” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 2000, t. 3, n. 541, p. 659) e que “constitui contradição nos termos” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 123).

Interessante exemplo de sentença tida como *condicional*, mas que na verdade é sentença *incerta* – porque a própria certificação é que se sujeita a uma condição, e não seus efeitos –, é a sentença proferida com a cláusula *se iura verit* (se jurar). Como bem lembra Moniz de Aragão, antigamente o juramento era admitido como meio de prova, de modo que o juiz podia, por exemplo, proferir sentença determinando ao vencido que pagasse ao vencedor uma determinada quantia, *se* o vencedor jurasse que a quantia lhe era devida¹⁷⁵. Carnelutti negou que essa sentença fosse condicional. Segundo suas palavras, “de él depende, en definitiva, no ya el efecto de la sentencia, sino la victoria de una o de la outra parte, por lo que habría que discurrir aquí, no de una sentencia, sino de una *victoria condicional*”¹⁷⁶.

Proferida nos dias atuais, seria uma decisão inválida, não porque cria uma condição para sua própria eficácia, mas porque cria uma condição para a certificação do direito – uma decisão *incerta*, portanto (e não *condicional*).

Vale a pena repetir para que fique bem claro o ponto de vista ora defendido: o art. 492, p. ún., do CPC não veda que a decisão judicial preveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado, isto é, não proíbe a prolação de uma decisão condicional; ele veda a não-certificação do direito afirmado e posto à análise do juiz.¹⁷⁷

Aí está o ponto nodal da questão: essa não-certificação *pode* decorrer de uma condição indevidamente criada pelo magistrado ao próprio reconhecimento do direito da parte – é o que se dá no exemplo trazido acima, em que o juiz condiciona a *certificação* do direito à indenização a uma posterior demonstração dos danos –, mas pode decorrer também de outros motivos, como, por exemplo, a falta de clareza quanto à conclusão alcançada ou a pura e simples omissão acerca de um pedido formulado ou acerca de um pedido implícito¹⁷⁸.

Do mesmo modo, é possível que, à luz do caso concreto ou de permissivo legal, a decisão condicione seus efeitos a evento futuro e incerto sem que isso signifique, necessariamente, que seja *incerta*.

A decisão *incerta* é fruto de uma atividade cognitiva incompleta e, conforme lição de Carnelutti, “lo incompleto de la cognición determina una aparente condicionalidad, no una condicionalidad real de la sentencia, entendida como subordinación

175. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 120.

176. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”, in *Estudios de derecho procesal*, cit., v. II, p. 188.

177. Sobre o tema, recentemente, com profundidade, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Sentenças condicionais”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 929-933.

178. No caso de omissão do juiz, não se pode sequer dizer que há aí *decisão*, já que qualificá-la como *certa* ou *incerta*.

de su eficacia a un evento futuro e incierto”¹⁷⁹. Daí se vê, portanto, que é possível, sim, em determinados casos, a prolação de decisão *condicional*; o que não se admite é a prolação de decisão *incerta*.

5.3.3. Liquidez

A decisão condenatória é aquela que certifica o direito de exigir o cumprimento de uma prestação (fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia). Para tanto, a decisão judicial deve conter pronunciamento sobre: *a*) o *an debeatur* (existência da dívida); *b*) o *cui debeatur* (a quem é devido); *c*) o *quis debeat* (quem deve); *d*) o *quid debeatur* (o que é devido); *e*) nos casos em que o objeto da prestação é suscetível de quantificação, *quantum debeatur* (a quantidade devida).¹⁸⁰

A decisão que se pronuncia sobre todas essas questões é uma *decisão líquida*; é uma decisão que define integralmente a prestação da obrigação cuja existência foi certificada.

Segundo o art. 491 do CPC, a decisão que impõe o cumprimento de uma prestação de pagar quantia (prestação pecuniária) deve, por regra, definir desde logo a *extensão* da obrigação (o *quantum debeatur*). Em hipóteses restritas, ali discriminadas, admite-se que a extensão da obrigação não seja desde logo definida: (i) quando não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; (ii) ou quando a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.

Esse dispositivo cuida do atributo da *liquidez* da decisão judicial, estabelecendo que, em regra, a decisão deve ser *líquida* – admitindo-se, porém, seja ela *ilíquida* em certas circunstâncias. O problema é que o texto legal apenas refere à ação relativa à obrigação de pagar quantia e, ao tratar das hipóteses em que se admite *iliquidez*, somente traz situações de impossibilidade de determinação do *valor* devido.

Surge então a seguinte pergunta: o atributo da *liquidez* é exclusivo das decisões que reconhecem uma obrigação pecuniária e impõem o pagamento de quantia? É possível que uma decisão que tenha por objeto prestação não pecuniária seja *ilíquida*?

Historicamente, o art. 603 do CPC-1973 dizia que “procede-se à liquidação, quando a sentença não determinar o valor ou não individualar o objeto da condenação”, admitindo a possibilidade de atividade liquidatória para apuração não apenas do *valor* (caso de prestação pecuniária) como também para a *individualização do objeto* (caso de prestação não pecuniária – fazer, não fazer e entrega de coisa). A

179. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”, in *Estudios de derecho procesal*, cit., v. 2, p. 195.

180. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v.8, p. 338.

Lei n. 11.232/2005 alterou substancialmente esse regime: revogou o citado art. 603 e acrescentou o art. 475-A ao CPC-1973¹⁸¹, que falava em atividade liquidatória para apurar o *valor devido* – sem referência à individualização do objeto da condenação. Afora isso, o § 3º desse art. 475-A¹⁸² vedava a decisão ilíquida em determinadas demandas do procedimento sumário (então existente).

Como se vê, há uma tendência legislativa de exigir, com rigor cada vez mais crescente, a decisão *líquida*¹⁸³. Isso é louvável: uma decisão *ilíquida* é, por definição, uma decisão incompleta, que não define totalmente a norma jurídica individualizada. Falta-lhe alguma coisa. É justamente por isso que a iliquidez é – e deve ser – exceção e a tendência legislativa é de restringir essas hipóteses excepcionais.

Isso explica por que o CPC refere-se à “obrigação de pagar quantia” no art. 491, e à “sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida” no art. 509: em princípio, a iliquidez é uma situação excepcional e restrita à decisão que impõe o pagamento de quantia.

A despeito disso, o § 1º do art. 324 admite a formulação de pedido genérico (indeterminado, ilíquido) “nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados” (inciso I), “quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato” (inciso II) e “quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu” (inciso III).

Nesses casos, sobretudo naqueles descritos nos incisos I e II, é possível que (i) os bens que compõem a universalidade não possam ser individualizados no curso da fase de conhecimento (hipótese do inciso I); (ii) ou que o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza, não possa ser determinado (hipótese do inciso II). Seria inviável, em circunstâncias tais, exigir do magistrado a prolação de uma decisão líquida.

Desse modo, embora se reconheça que, em linha de princípio, apenas a decisão que impõe o pagamento de quantia pode ser ilíquida, não se pode afastar a possibilidade de uma decisão de conteúdo não pecuniário também ser ilíquida. Se é possível a formulação de pedido genérico que tenha por conteúdo obrigação de fazer, de não fazer e de entregar coisa, então é possível que, não tendo sido superada a circunstância que ensejou a indeterminação do pedido, a decisão que o resolve seja também ilíquida.

181. Art. 475-A do CPC-1973. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

182. Art. 475-A do CPC-1973. [...] § 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas ‘d’ e ‘e’ desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.

183. A Lei n. 9.099/1995, por exemplo, ao dispor sobre o procedimento das ações que tramitam nos juizados especiais cíveis, veda a prolação de sentença ilíquida mesmo nos casos em que o pedido formulado é ilíquido (art. 38, p. único), o que se aplica também aos juizados especiais federais, por força do art. 1º da Lei n. 10.259/2001.

Numa ação de petição de herança, admite-se que o autor formule pedido genérico, caso não tenha condições de individualizar os bens a que imagina fazer jus (art. 324, § 1º, I, CPC). Se essa impossibilidade de individuação perdurar até o fim da fase cognitiva, nada impede que o magistrado profira decisão ilíquida – a sua liquidação consistirá exatamente na individuação dos bens que compõem a universalidade¹⁸⁴, chamada por Humberto Theodoro Jr. de *liquidação imprópria*¹⁸⁵.

Há ainda outros casos que, com base no inciso II do § 1º do art. 322, justificam a possibilidade de decisão não pecuniária ilíquida: imagine a decisão que impõe ao réu a entrega de tantos sacos de cimento quantos sejam necessários para a edificação de um prédio com determinadas características; ou que impõe ao Poder Público o fornecimento de tantas unidades de certo medicamento quantas sejam necessárias ao tratamento de determinados enfermos¹⁸⁶.

Como conclusão, é possível entender que ilíquida é a decisão que (i) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação – por exemplo, a que condena o réu ao pagamento de indenização de valor a ser apurado em posterior liquidação – ou (ii) que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeatur*) – por exemplo, a que determina ao réu que entregue duas toneladas de grãos, sem identificar a espécie, ou a que impõe a construção de um muro, sem dizer como, onde nem quando fazê-lo¹⁸⁷.

Numa perspectiva inversa, *líquida* é a decisão que define a extensão do direito subjetivo por ela certificado, isto é, define o *quantum debeatur*, nas prestações sujeitas a quantificação, bem assim aquela que individualiza completamente o objeto da prestação¹⁸⁸.

Cândido Rangel Dinamarco tem entendimento mais restrito de liquidez. Para ele, “o tema da liquidez ou iliquidez só existe quando se trata de obrigações cujo objeto seja suscetível de quantificação pela medida, peso, volume, quantidade etc. (...) Não existe nas demais

184. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 335.

185. THEODORO Jr., Humberto. *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999, p. 223. Cândido Rangel Dinamarco chama de “imprópria” a liquidação das sentenças coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 632).

186. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 215. Conferir, ainda, com bela exposição, GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 241-243.

187. “Não basta condenar o réu a levantar o muro. É preciso estipular, ainda, como, onde e quando fazê-lo” (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 96).

188. “O que é líquido flui, escorre. Mas o líquido adquiriu, muito mais tarde, o significado de ter posição exata, ter limites claros. Compreende-se que os menos avisados confundam com a clareza a liquidez, que a supõe. O claro pode não ser líquido, mas o líquido há de ser claro, razão por que, a cada momento, verberamos a expressão ‘líquido e certo’, em vez de ‘certo e líquido’” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 374).

hipóteses, em que não se concebe quantificação alguma: não há como quantificar uma obrigação de dar coisa certa ou de prestar um ato ou abster-se dele (obrigações de fazer ou de não-fazer)”¹⁸⁹

Pode-se, pois, estabelecer um paralelo entre a liquidez como requisito da sentença e a liquidez como requisito interno do pedido: do mesmo modo que a decisão, o pedido, além de certo (expresso), deve ser também *líquido* (ou *determinado*, como afirma o art. 324 do CPC), o que significa dizer que, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas no § 1º do art. 324 do CPC, o demandante necessariamente deverá indicar qual a *extensão* do direito de que se afirma titular e cujo reconhecimento pleiteia, quantificando a sua postulação, bem assim *individualizar* o máximo possível o objeto da prestação.

A princípio, toda decisão deve ser líquida, somente se admitindo que seja ilíquida nas hipóteses dos incisos I e II do art. 491 e quando o demandante formula pedido genérico (art. 324, § 1º, CPC) e não é possível chegar à liquidação do montante da prestação ou do seu objeto durante a etapa cognitiva do procedimento.

Em outras palavras, se o autor formula pedido líquido, não poderá o juiz proferir decisão ilíquida.

Mas o STJ, mesmo sob a vigência do CPC-1973, que continha dispositivo expresso nesse sentido¹⁹⁰, fazia concessões a essa regra¹⁹¹.

Ademais, entende-se que somente o *credor* tem interesse em suscitar a nulidade da decisão ilíquida nos casos em que o pedido que ela resolve é determinada¹⁹². Assim, ainda que seja líquido o pedido, admite-se a prolação de decisão ilíquida, salvo quando isso gera prejuízo *ao credor*. Trata-se de entendimento pacificado no enunciado n. 318 da súmula do STJ: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida”.

189. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 213-214.

190. O parágrafo único do art. 459 do CPC-1973 dizia que “quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”. Esse dispositivo não foi repetido no CPC, mas seria desnecessário que o fosse, já que foram estabelecidas as hipóteses em que se admite a decisão ilíquida.

191. “1. Sentença ilíquida. Pedido certo. Artigo 459, par. do CPC. 2. Honorários de advogado. Responsabilidade civil. Montante sobre o qual incide. 1. O enunciado do artigo 459, par. único do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema, que contempla o princípio do livre convencimento (artigo 131), de sorte que, não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. (...) Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 49445/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 12.12.1994, publicado no DJ de 13.03.1995, p. 5304). No mesmo sentido, STJ, 3ª T., AgRg nos EDcl no Ag n. 762.469/MS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), j. em 05.04.2011, publicado no DJe de 13.04.2011. O dispositivo citado corresponde ao art. 491 do CPC-2015.

192. Discordando desse entendimento, Carlos Alberto Carmona afirma que “a regra é de ordem pública e visa evitar a liquidação inútil” (CARMONA, Carlos Alberto. “O processo de liquidação de sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 60, p. 47).

Esse entendimento parte do pressuposto de que apenas o autor é titular do direito à resolução integral do mérito. Isso é um equívoco: o réu também o é (art. 4º, CPC). Também ele tem direito a uma decisão que defina integralmente a norma jurídica, ainda que o seu conteúdo lhe seja desfavorável. Não se pode negar ao réu o direito de livrar-se de uma obrigação, realizando o seu pagamento.

Em que pese a iliquidez da decisão representar, na maioria dos casos, uma indefinição quanto à extensão do direito certificado, casos há em que, como bem lembra Teori Zavascki, ela tem um grau mais elevado, atingindo também outros elementos da norma jurídica individualizada. Convém transcrever a lição integralmente:

“Considerando-se título apto a ensejar a tutela executiva o que traz representação documental de uma norma jurídica concreta da qual decorra uma relação obrigacional, há de haver nele afirmação a respeito de (a) ser devido (*an debeatur*), (b) a quem é devido (*cui debeatur*), (c) quem deve (*quis debeat*), (d) o que é devido (*quid debeatur*) e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeatur*). [...] Em demandas promovidas por substituto processual, para tutelar direitos subjetivos individuais, a sentença condenatória define os elementos (a) (*an debeatur*), (c) (sujeito passivo) e (d) (prestação), sem, no entanto, fazer juízo específico sobre o valor devido (*quantum debeatur*) e nem sobre a identidade do titular do direito (*cui debeatur*). São dessa espécie as sentenças proferidas em ação coletiva para tutelar direitos individuais homogêneos de consumidores [...], em demandas promovidas pelo Ministério Público para obter ressarcimento de danos causados a titulares de valores mobiliários e investidores do mercado de capitais [...], ou para obter a condenação de ex-administradores de instituições financeiras submetidas a regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência [...], em demandas promovidas por entidades associativas e sindicais, para tutela de direitos de seus associados e filiados [...] e, em certos casos, as proferidas em mandado de segurança coletivo, quando reconhecer direito a vencimentos e vantagens pecuniárias [...]. Das sentenças penais condenatórias decorre o efeito secundário de ‘tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime’ [...]. Nelas estão definidos, portanto, os elementos (a) e (c). A natureza dos danos (d) e o seu montante (e), bem assim, em muitos casos, a identificação do titular do crédito (b), são temas relegados à ação de liquidação. Situação semelhante ocorre quando se busca liquidar o valor dos danos causados por execução provisória desfeita, nos casos do art. 588, I [atual art. 520, I], ou por medida cautelar que perdeu a eficácia, nas situações do art. 811, parágrafo único [atual art. 302, III], ou o valor da justa indenização devida a quem, indevidamente condenado, for vencedor em revisão criminal (CPP, art. 630), em que

estão identificados os elementos (a), (b) e (c), carecendo liquidação os elementos (d) e (e), ou seja, o *quid* e o *quantum debeat*”.¹⁹³

Por fim, chamamos atenção de que, em regra, as decisões proferidas contra a Fazenda Pública se sujeitam ao reexame necessário (ver, sobre o assunto, volume 3 deste *Curso*). Esse reexame, no entanto, é dispensado, dentre outras hipóteses, quando a condenação ou o proveito econômico obtido for de valor certo e líquido inferior a (art. 496, § 2º, CPC): (i) mil salários mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (ii) quinhentos salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, e os Municípios que constituam capitais dos Estados; (iii) cem salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

O art. 475, § 2º, do CPC-1973 dispensava o reexame necessário quando a condenação não excedesse a sessenta salários mínimos. Sob esse cenário, o enunciado n. 490 da súmula do STJ dispunha que “a dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”. Feitos os ajustes necessários, a *ratio decidendi* deste enunciado é aplicável atualmente: sendo ilíquida a sentença proferida contra a Fazenda Pública, deve ela submeter-se à remessa necessária, salvo se se enquadrar em alguma outra hipótese de dispensa.

5.3.4. Clareza e coerência

Como ato que individualiza a norma jurídica, e considerando que o conteúdo e os fundamentos dessa norma jurídica são expostos por meio de palavras, é fundamental que a linguagem utilizada na decisão judicial seja clara e direta.

Não é adequado o uso de expressões rebuscadas ou chulas, tampouco o uso de inversões gramaticais que dificultem o entendimento do que ali se dispõe, afinal não é demais lembrar que o objetivo da decisão é gerar certeza e permitir que as partes e a sociedade tenham condições de saber o caminho trilhado pelo magistrado para, racionalmente, chegar à conclusão alcançada.

Assim, a linguagem deve ser um elemento de aproximação entre o emissor (jugador) e o receptor (partes e sociedade) da mensagem.

Sobre o assunto, são interessantes as palavras de Walter Ceneviva: “O direito é uma disciplina cultural, cuja prática se resolve em palavras. Direito e linguagem se entrelaçam e se confundem. Algumas vezes

193. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 338-339 (acrescentamos as referências entre colchetes).

– infelizmente, mais do que o necessário – os profissionais da área jurídica ficam tão empolgados com os fogos de artifício da linguagem que se esquecem do justo e, outras vezes, até da lei. Nas acrobacias da escrita jurídica, chega-se a encontrar formas brilhantes nas quais a substância pode ser medida em conta-gotas. O defeito – também com desafortunada frequência – surge mesmo em decisões judiciais que atingem a liberdade e o patrimônio das pessoas”.¹⁹⁴

Sentença absolutamente incompreensível é sentença inexistente. “Admitir que um texto incompreensível, pelo simples fato de ter sido assinado por um juiz, seja uma sentença é praticamente o mesmo que considerar um suspiro do juiz como sendo uma sentença”¹⁹⁵. A situação equivale à falta de certeza. Ainda não há sentença, portanto; o jurisdicionado permanece à espera da decisão judicial¹⁹⁶.

Não basta, contudo, que a decisão seja clara e direta.

É necessário que ela seja coerente, que haja uma vinculação lógica entre tudo o que se narrou no relatório, os fundamentos lançados na motivação e a conclusão alcançada no dispositivo¹⁹⁷.

Alguns doutrinadores afirmam que a decisão representa um verdadeiro *silogismo*, segundo o qual o magistrado, em sua motivação, deve fundar-se numa premissa maior (a norma jurídica) e, a partir dela, analisar os fundamentos de fato (premissa menor), chegando, no decisório, a uma conclusão¹⁹⁸. Nada obstante as discussões sobre a teoria da decisão como silogismo, ela é importante para demonstrar a coerência que deve existir entre a solução e a justificação expostas pelo julgador no ato decisório.

Também aqui vale a comparação com um os dois requisitos do pedido: clareza e coerência.

Interessante a observação de Dinamarco, segundo o qual “existe um eixo imaginário que vai da *causa petendi* à motivação da sentença, passando pelos eventuais fundamentos da defesa. A motivação está para a sentença como a causa de pedir está para a demanda inicial e as razões de defesa para a contestação”.¹⁹⁹

194. Artigo escrito no jornal Folha de São Paulo, edição de 2.5.1993, p. 4-2, *apud* DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24-25.

195. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79. Nesse mesmo sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99.

196. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*, p. 80-81. Nesse mesmo sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 99.

197. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 658.

198. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, p. 10.

199. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 662.

Além da coerência exigível *entre* os elementos estruturais da decisão, sobretudo entre a fundamentação e o dispositivo, há ainda de exigir-se coerência *dentro* de cada um desses elementos estruturais.

Assim, ao fundamentar a sua decisão, a exposição feita pelo magistrado precisa retratar fielmente a coerência e a logicidade do raciocínio que traçou na análise das alegações de fato, das provas e dos argumentos jurídicos. Eis o que dizem, sobre o ponto, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

“Uma versão não-contraditória não pode aceitar um mesmo fato como verdadeiro e falso, admitir fatos incompatíveis como verdadeiros, ou empregar, em um mesmo contexto, regras de inferência também incompatíveis. Por outro lado, as inferências com que o juiz elabora as suas concatenações para ligar os fatos indiciários e essenciais, objetivando formar juízos a partir das provas, igualmente devem ser coerentes (coerência inferencial)”.²⁰⁰

Essa coerência também deve ser observada na conclusão exposta pelo magistrado.

Nas decisões cujo dispositivo seja composto por mais de um capítulo, tais capítulos devem guardar plena compatibilidade uns com os outros, não se podendo admitir a validade de uma decisão que, acolhendo pedidos indevidamente cumulados, decreta a rescisão de um contrato e imponha ao réu a obrigação de cumprir obrigação prevista no contrato rescindido.

Mais uma vez, como se vê, é possível estabelecer um paralelo entre este requisito interno da decisão e outro requisito da postulação, atinente à compatibilidade exigível nos casos em que o demandante lança mão de cumulação própria de pedidos (arts. 327, § 1º, I, e 330, § 1º, IV, ambos do CPC).

A falta de qualquer um desses requisitos pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, que é um instrumento de aperfeiçoamento da decisão.

Muitas vezes, porém, a oposição dos embargos é mal interpretada, dando ensejo a que se diga que a parte embargante pretende, com eles, *rediscutir* os termos do julgamento. O problema é de perspectiva: de fato, os embargos podem não servir à rediscussão da *justiça* da decisão, mas eles podem ser utilizados tranquilamente para a discussão da sua *validade* ou da sua *incompletude*. Não se pode perder de vista que, dentre as suas hipóteses de cabimento, duas dizem respeito ao controle quanto à clareza e à coerência da decisão (obscuridade e contradição).

Assim, não se pode negar a possibilidade de manejo dessa espécie recursal quando por meio dela se pretende discutir a falta de clareza e a falta de coerência

200. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4 ed., cit., p. 474.

da decisão, ainda que isso implique revolver os fatos, a conclusão ou a justificação racional lançada pelo magistrado em seu pronunciamento.

O não acolhimento dos embargos fundados em obscuridade ou contradição poderá ensejar a anulação da decisão por ausência de um seu requisito de validade.

6. INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é um exemplo de enunciado normativo. De sua interpretação podem ser extraídas normas jurídicas.

No mínimo, extrai-se da decisão uma norma jurídica individualizada, normalmente aferível da parte dispositiva da decisão, que regula o caso submetido à apreciação jurisdicional²⁰¹. Da sua fundamentação extrai-se a norma jurídica geral, construída à luz do caso concreto, que tem aptidão para servir de modelo para a solução de casos semelhantes àquele – a norma do precedente.²⁰²

É conveniente lembrar o que se disse no v. 1 deste *Curso* e também no item sobre fundamentação: não se pode confundir texto e norma jurídica. Como ensina Riccardo Guastini, a norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”²⁰³. O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.²⁰⁴ Seguindo essa linha, Humberto Ávila também afirma: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”²⁰⁵

Interpretar é, nas palavras de Karl Larenz, “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.²⁰⁶ O significado do texto das normas jurídicas é sempre problemático, notadamente considerando que a linguagem jurídica não se vale de conceitos rigorosamente fixados, “mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível os-

201. No mínimo, pois, como visto, o dispositivo da decisão pode ter conteúdo complexo, com vários capítulos. Assim, dele seria possível extrair diversas normas jurídicas individualizadas, tantas quantas seja o número de capítulos.

202. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial - a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

203. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

204. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.

205. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

206. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

cila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias”.²⁰⁷ Em verdade, não há termo ou conceito carente de problematidade, pois “mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma limitação rigorosa”²⁰⁸. Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é significativo, e não significado. A linguagem é o caminho percorrido entre significante e significado.

A decisão há de ser interpretada, portanto: quer para definir-se qual é a regra jurídica que regulará o caso, quer para dela extrair-se a norma jurídica geral que funcionará como precedente. A decisão, diga-se, há de ser interpretada *sempre*, e não apenas quando for obscura, dúbia ou contraditória.²⁰⁹

Embora a decisão tenha de ser interpretada sempre, isso não quer dizer que sempre dessa interpretação se poderá extrair algum resultado. Há decisões cujo texto não permite que se identifique, com razoável segurança, qual o conteúdo da regra jurídica que estatui. Há sentenças que são realmente incompreensíveis. Nesses casos, convém reproduzir o alerta de Kemmerich: “diante da impossibilidade de essa atividade (...) chegar a um resultado honesto e razoável, o juiz [intérprete da decisão] não deve inventar um resultado. Ele deve reconhecer a deficiência do texto e abster-se de adivinhações. O juiz não é um *alto sacerdote*, com poderes sobrenaturais que lhe permitam ver significados que estão ocultos aos demais mortais, em sentenças com defeitos cruciais de redação”.²¹⁰

A interpretação da decisão é tema importantíssimo. A definição dos limites da coisa julgada dependerá, necessariamente, da interpretação da decisão. Não é por acaso que se costuma, em execução de sentença, alegar ofensa à coisa julgada, baseando-se exatamente em questões relacionadas à interpretação da sentença.

O tema merece atenção e destaque que não costuma ter²¹¹. Não é o caso de revisar toda a teoria da interpretação jurídica, o que seria impossível, em razão do espaço, e inapropriado, em um curso de direito processual civil. O objetivo deste item é apresentar as noções iniciais para a interpretação de uma decisão judicial.

207. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

208. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

209. CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile - metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 130.

210. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70, o texto entre colchetes é nosso.

211. Como corretamente percebeu MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, 2008, v. 74, n. 1, p. 20. Destaque-se, recentemente, na doutrina brasileira, o livro de KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

É possível traçar um esboço para uma teoria da interpretação da decisão judicial. Seguem as premissas de que se deve partir para tanto.

a) Dispositivo e fundamentação devem ser interpretados conjuntamente. A compreensão do dispositivo depende do exame da fundamentação, que também somente será devidamente interpretada a partir do que foi enunciado no dispositivo. A decisão há de ser interpretada, enfim, como um todo. Trata-se de aplicar a técnica da interpretação sistemática²¹² à compreensão da decisão judicial.

O §3º do art. 489 do CPC ratifica essa exigência: “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”. O dispositivo é inovador e digno de aplausos.

b) As postulações de ambas as partes são dados que sempre devem ser levados em consideração para a interpretação da decisão. A definição precisa da norma jurídica extraída da sentença não prescinde do exame do que foi postulado pelas partes, limite que é do exercício da função jurisdicional, como define a regra da congruência objetiva, já examinada (arts. 141 e 492, CPC).

O comportamento das partes também passa a ser um dado relevante para a compreensão do que foi demandado e, por consequência, do que foi decidido.²¹³ As manifestações da parte ao longo de todo o processo, assim como comportamentos adotados fora do processo, não podem ser ignorados na interpretação da decisão.

Imagine que a parte se tenha manifestado, durante o processo, sempre em uma direção, sobretudo em relação à interpretação do seu pedido. Esse comportamento torna-se um elemento imprescindível na interpretação da decisão.

Pense, ainda, na hipótese de a parte, ao formalizar negócios jurídicos extraprocessuais, ter adotado um sentido às postulações que fez em juízo. Por exemplo, em um negócio, a parte refere-se expressamente ao conteúdo de um processo judicial em curso. Esse comportamento passa a ser também relevantíssimo para a interpretação da sua postulação e, obviamente, da decisão a respeito dela²¹⁴.

A identificação da *ratio decidendi* – elemento normativo do precedente judicial, conforme se verá no capítulo dedicado ao assunto, neste volume do *Curso* – depende, também, necessariamente, do exame do caso de que se originou: exame do

212. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 30.

213. Em sentido diverso, entendendo que o comportamento das partes tem “pouco significado na interpretação da decisão”, MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 34-35.

214. Sobre esse ponto, DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 211, p. 349-377.

problema e dos contextos fático e jurídico submetidos ao órgão jurisdicional. Esse é, fundamentalmente, o propósito do *distinguishing* (método de comparação entre o precedente e o caso concreto), que será examinado no capítulo sobre precedente judicial.

O Superior Tribunal de Justiça se tem utilizado destes dois critérios para interpretar a decisão judicial. A propósito: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi proferida sentença *ultra* ou *extra petita*, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial”. (STJ, REsp n. 818.614/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ de 20.11.2006).

c) Aplicam-se à interpretação da decisão judicial as normas de interpretação dos atos jurídicos; ou seja, as normas que disciplinam a interpretação das declarações de vontade.

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 da decisão judicial²¹⁵.

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida²¹⁶ – uma interpretação que contrarie frontalmente o texto dificilmente será considerada como legítima –, ela não é a única técnica possível de interpretação. A interpretação teleológica também é importante. E é disso que trata o art. 112 do Código Civil.

Vejamos um exemplo. Imagine-se uma decisão em que, na fundamentação, haja manifestação expressa sobre a tese jurídica a ser aplicada e o âmbito de incidência da norma jurídica individualizada. O julgador diz que acolhe apenas um dos pedidos formulados. No dispositivo, porém, afirma que julga procedente a ação, “nos termos do pedido formulado pelo demandante”. Surge a dúvida: o juiz acolheu todos os pedidos (como leva a crer o dispositivo) ou apenas um deles (como aponta a fundamentação)? No caso, a interpretação correta é a que extrai deste texto aquilo que parece ser a vontade do órgão julgador, revelada no enunciado mais completo e analítico da fundamentação: acolheu-se apenas um dos pedidos formulados, e não todos eles.

215. Chiassoni vai no mesmo sentido, ao entender que dispositivo semelhante do Código Civil italiano (art. 1.361, comma 1) se aplica à interpretação da sentença (CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 139).

216. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 29.

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 da decisão judicial é clara, até mesmo como reforço à incidência do princípio da boa-fé processual – e, como visto, o próprio §3º do art. 489 do CPC determina que a interpretação da decisão judicial se dê em conformidade com o princípio da boa-fé.

Os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo órgão julgador na decisão devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar de sua celebração. Se uma determinada palavra vinha sendo utilizada, ao longo de todo o processo, em uma determinada acepção, a interpretação da decisão em que esta palavra aparece não pode, por exemplo, dar a ela um sentido diverso. Se, em outro exemplo, 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.

Assim como acontece com os atos jurídicos de um modo geral, a sentença deve ser interpretada de modo a que dela se possa extrair algum efeito jurídico. Trata-se do *critério hermenêutico da conservação do ato jurídico*²¹⁷.

Embora sem fundamentar-se neste critério hermenêutico, foi assim que a 4ª T. do STJ encaminhou-se no julgamento do AgRg no AREsp n. 94.186/PR, rel. Maria Isabel Gallotti, em 07.08.2012, acórdão publicado no DJe de 14.08.2012: “Não há que se falar em ofensa à coisa julgada quando o julgador, diante da imprecisão do comando sentencial, confere nova interpretação da sentença exequenda, de forma a viabilizar a condenação imposta”. No mesmo sentido é a lição de Estevão Mallet: “entre duas interpretações possíveis da decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais cânones hermenêuticos, prefere-se aquela de que decorre alguma eficácia, em detrimento da que a priva de eficácia”.²¹⁸

d) Os embargos de declaração podem funcionar como um instrumento para orientar a interpretação, já que eles se propõem a esclarecer os termos da decisão (art. 1.022, CPC).²¹⁹

e) A reclamação constitucional também pode servir como instrumento para que o prolator da decisão a interprete. Pense na hipótese de acórdão do STF estar sendo executado por juízo de primeira instância; caberá reclamação ao STF se o juiz

217. CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè: Milano, 1999, p. 138. A propósito, o art. 1.367 do Código Civil italiano: “Art. 1367 Conservazione del contratto. Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).”

218. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 40.

219. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 23.

não estiver observando a decisão do tribunal superior; neste caso, o STF terá de interpretar a sua própria decisão, para determinar os rumos da execução.²²⁰

f) Não é apenas o prolator da decisão que pode interpretá-la: o juízo da liquidação ou da execução – que nem sempre será o juízo da sentença²²¹ – e o juízo que está diante do precedente judicial, por exemplo, também deverão interpretá-la.

g) Embora considerada medida excepcional, não se pode excluir a possibilidade de uma ação declaratória autônoma de interpretação da decisão judicial²²² (art. 19, I, do CPC). O objeto desta ação seria a interpretação do ato jurídico “decisão judicial”, e não a “rediscussão dos fatos ou do direito nela examinados”, sob pena de ofensa à coisa julgada.²²³

O art. 220, II, do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) expressamente prevê uma ação interpretativa de decisão judicial: “Art. 220. Os dissídios coletivos podem ser: (...) II - de natureza jurídica, para interpretação de cláusulas de sentenças normativas, de instrumentos de negociação coletiva, acordos e convenções coletivas, de disposições legais particulares de categoria profissional ou econômica e de atos normativos”.

7. DECISÕES OBJETIVAMENTE E/OU SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS

São *objetivamente complexas* as decisões cujo dispositivo pode ser fracionado em capítulos. A teoria dos chamados capítulos de sentença, bem como a importância em identificar uma decisão objetivamente complexa já foi estudada quando da análise dos elementos estruturais da decisão judicial.

São *subjetivamente complexas* as decisões para cuja formação devem concorrer, necessariamente, as vontades de mais de um órgão jurisdicional²²⁴. É importante perceber que as decisões subjetivamente complexas são produtos de órgãos jurisdicionais de mesma competência funcional horizontal²²⁵.

220. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*, cit., p. 66.

221. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*, p. 67-68.

222. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*, cit., p. 110 e segs.

223. KEMMERICH, Clóvis Juarez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*, cit., p. 114. O autor lembra hipóteses expressas de ação autônoma de interpretação de decisão judicial previstas nos regulamentos da Corte Internacional de Justiça (art. 98), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 59) e do Tribunal de Justiça da União Europeia (art. 102).

224. A terminologia é de Piero Calamandrei, em estudo clássico e fundamental: CALAMANDREI, Piero. “La sentenza soggettivamente complessa”. *Opere Giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 106-144. Assim, também, ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 547; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 538-539; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45, p. 54.

225. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 539.

É oportuno alertar que o acórdão *não* é uma decisão subjetivamente complexa. Trata-se de decisão para cuja formação concorrem as vontades de mais de um membro do *mesmo* órgão jurisdicional. Assim, por exemplo, um tribunal é dividido internamente em órgãos fracionários (Câmaras, Turmas, Câmaras Reunidas, Seções, Câmara Especial, Tribunal Pleno etc.), sendo que cada um desses órgãos é composto por uma determinada quantidade de membros (Desembargadores ou Ministros). O acórdão é a decisão tomada a partir das vontades dos *membros* que compõem um *mesmo* órgão fracionário. Para que se considere uma decisão como *subjetivamente complexa* é necessário que ela emane das vontades de *distintos* órgãos fracionários.

São exemplos de decisões subjetivamente complexas:

i) no processo penal, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, para a qual concorrem, às vezes, três órgãos jurisdicionais distintos: num primeiro momento, há a decisão de pronúncia do juízo singular; num segundo momento, há a decisão do júri popular acerca da culpabilidade do acusado e, num terceiro momento, há a decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri acerca da individualização da pena a ser cominada, nos casos em que o acusado é condenado;

ii) no processo civil, no caso do incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 948 e segs., CPC)²²⁶.

Nesse caso, o julgamento *do incidente* há de ser feito por órgão jurisdicional distinto daquele competente para o julgamento do recurso, da remessa necessária ou da causa de competência originária. Suscitada, por exemplo, em sede de recurso, a inconstitucionalidade de ato normativo, a arguição será submetida à prévia deliberação do órgão fracionário competente para o julgamento do recurso; se este órgão não admite a arguição ou a julga improcedente (declarando, pois, a constitucionalidade do ato), prosseguirá no julgamento do recurso; se, porém, acolher a arguição, por unanimidade ou maioria, não poderá reconhecer a inconstitucionalidade do ato; terá que remeter os autos ao Tribunal Pleno ou a órgão especial (com competência prevista no Regimento Interno do Tribunal) para a deliberação exclusivamente sobre a questão prejudicial²²⁷; deliberando sobre a questão prejudicial da inconstitucionalidade, os autos retornam para que o órgão fracionário prossiga no julgamento do recurso.

Vê-se, pois, que, em tais casos, há uma cisão da competência funcional para a prolação da decisão. Parte da decisão será tomada por um órgão, parte por outro.

226. Sobre o incidente, ver o capítulo próprio, no v. 3 deste *Curso*.

227. É a conhecida regra da reserva de plenário (art. 97, CF/1988), segundo o qual o reconhecimento de inconstitucionalidade nos tribunais somente pode ocorrer pela maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial previsto no Regimento Interno.

A relevância prática disso está em que a competência para conhecer de eventual rescisória movida contra a decisão subjetivamente complexa será fixada de acordo com os órgãos jurisdicionais que participaram da sua formação, levando-se em conta aquele de maior hierarquia.

É possível que a competência para rescindir o acórdão de uma câmara ou turma do tribunal seja diferente da competência para rescindir o acórdão de um grupo de câmaras ou turmas (órgão colegiado maior). Nesse caso, a competência para a ação rescisória será do órgão do tribunal ao qual couber rescindir decisão proferida pelo órgão colegiado maior, mesmo que a participação desse colegiado, no julgamento rescindendo, se tenha restringido à resolução de uma questão incidente (como a suscitada no incidente de inconstitucionalidade).

Assim, segundo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no exemplo dado acima (ii), considerando que cabe ao Tribunal Pleno decidir o incidente de arguição de inconstitucionalidade, a competência para eventual rescisória é dele. Não fosse pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade, a competência para tal rescisória seria de outro órgão fracionário, as Câmaras Cíveis Reunidas.

8. DECISÕES DEFINITIVAS E DECISÕES PROVISÓRIAS. DECISÕES DE MÉRITO E DECISÕES DE ADMISSIBILIDADE

8.1. As “sentenças definitivas” e as “sentenças terminativas”

A doutrina costuma conceituar as chamadas *sentenças definitivas* como sendo aquelas por meio das quais se põe fim ao processo *com* resolução de mérito, aplicando uma das hipóteses do art. 487 do CPC, ao passo que as chamadas *sentenças terminativas* são aquelas que põem fim ao processo *sem* exame de mérito, aplicando um dos casos do art. 485 do CPC.

Trata-se de lição bastante tradicional cujo objetivo principal é o de afirmar que as sentenças *definitivas*, por resolverem o mérito da demanda, têm aptidão para ficar acobertadas pela coisa julgada, enquanto as terminativas, por não versarem sobre o objeto litigioso do procedimento, não a têm, submetendo-se apenas à coisa julgada formal²²⁸. No capítulo sobre coisa julgada, ver-se-á que esta não é a concepção deste *Curso* sobre o assunto. Para este *Curso*, ambas as sentenças têm aptidão para a coisa julgada.

É preciso, contudo, fazer algumas anotações a essa tradicional lição.

228. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, p. 9; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 17 ed., v. 2, p. 275; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11 ed., v. 1, p. 212-213; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, 2 ed., v. 1, p. 562; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 2-3.

Inicialmente, quanto à chamada *sentença definitiva*, deve-se ver que nem toda decisão que aplica o art. 487 do CPC é sentença em sentido estrito²²⁹. É o que ocorre com o acórdão que, em grau recursal ou em ações de competência originária de tribunais, acolhe ou rejeita a pretensão do autor (art. 487, I, CPC), ou com a decisão interlocutória que reconhece a prescrição ou a decadência de apenas um dos pedidos cumulados na petição inicial (art. 487, II, CPC).

Além disso, nem toda decisão fundada no art. 487 do CPC tem aptidão para extinguir o processo. Admitem-se, já o dissemos, decisões interlocutórias sobre parcela do mérito, como na hipótese de resolução parcial do mérito em razão da incontrovérsia da demanda (art. 356, I, CPC). Trata-se de decisões interlocutórias de mérito, contra as quais cabe agravo de instrumento (art. 356, § 4º, CPC). Uma vez transitadas em julgado, essas decisões são aptas a ficar imunes pela coisa julgada (art. 503, CPC) e dão ensejo à execução definitiva (art. 523, CPC)²³⁰.

Alguns autores preferem denominar as decisões parciais de *sentenças parciais*²³¹. Não há obstáculo teórico a que se denomine de *sentença* uma decisão que, embora resolva parcela do mérito, não tenha aptidão para encerrar a fase do procedimento. O conceito de sentença não é lógico-jurídico (universal e doutrinário), mas jurídico-positivo, e, pois, contingente. É preciso investigar qual é o conceito de sentença *no direito processual civil brasileiro*. A teoria geral do processo pode fornecer um conceito lógico-jurídico de “decisão judicial”; as *espécies de decisão*, porém, variam conforme o perfil de um determinado direito positivo.

229. Sobre o conceito de sentença, ver o que se disse anteriormente, em item próprio. Ver também o capítulo sobre extinção do processo, no volume 1 deste *Curso*.

230. Mesmo sob a égide do CPC-1973, a resolução parcial do mérito já vinha sendo admitida na doutrina: GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 71; DIDIER JR., Fredie. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67-78; DINAMARCO, Cândido Rangel. “Ação rescisória contra decisão interlocutória”. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 280-289; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?” *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 1, p. 109-126, abr. 2003; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 118; 129-136; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233-242; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92-96; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, 2004, n. 31, p. 22-27; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 71-72; SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. “Antecipação da Tutela na Reforma do CPC (Lei nº 10.444/02)”. *Revista Dialética de Processo Civil*. São Paulo, 2004, n. 12, p. 139-153; SOUZA, Wilson Alves de. “Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – Breves comentários à proposta do Poder Executivo de alteração do §1º do art. 273 do Código de Processo Civil”, in *A segunda etapa da reforma processual civil*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49-65

231. MITIDIERO, Daniel Francisco. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, 2004, n. 31, p. 22-27; ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.

A questão foi resolvida pelo CPC, que expressamente denomina tais decisões como *decisões interlocutórias* (art. 1.015, *caput*). O debate, agora, parece ter perdido fôlego e razão de ser.

Quanto às chamadas *sentenças terminativas*, importante também que se façam algumas anotações.

Em primeiro lugar, assim como ocorre com as hipóteses do art. 487, há decisões que se fundam no art. 485 do CPC, mas que não são *sentenças*²³². A decisão que, por exemplo, indefere apenas parcialmente a petição inicial (art. 485, I, CPC) é interlocutória, assim como o é a decisão que exclui um dos litisconsortes passivos por ilegitimidade *ad causam* (art. 485, VI, CPC), ou a que inadmite um dos pedidos cumulados por incompetência absoluta do juízo (art. 485, IV, c/c art. 327, § 1º, II, ambos do CPC).

Do mesmo modo, não é sentença, mas acórdão, a decisão que, em grau recursal ou nas ações de competência originária dos tribunais, conclui pela existência de litispendência ou de coisa julgada material e, por isso, põe fim ao procedimento sem análise do mérito (art. 485, V, CPC).

Além disso, nem sempre uma decisão fundada no art. 485 *extingue* do processo. Os exemplos dados acima, relativos às decisões interlocutórias que aplicam o art. 485, são válidos aqui: em todos aqueles casos, embora a decisão aplique uma das hipóteses do art. 485, ela não põe fim ao procedimento nem a qualquer de suas etapas – e, por isso mesmo, são decisões interlocutórias. Quando reconhece existente qualquer das causas constantes do rol do art. 485 do CPC, o juiz constata a impossibilidade de resolver o pedido do demandante. Profere, neste caso, uma decisão terminativa. Essa decisão pode, ou não, *extinguir* o procedimento.

Diante disso, melhor seria, para essa doutrina tradicional, dizer que *terminativa* é a decisão em cujo dispositivo não se resolve o mérito, enquanto que *definitiva* é a decisão em cujo dispositivo há resolução do objeto litigioso.

A análise dos arts. 485 e 487 foi feita no v. 1 deste *Curso*, no capítulo relativo à extinção do processo, a cuja leitura se remete.

Embora tradicional, essa classificação é bem equívoca.

Qualquer sentença pode “terminar” o processo, e não apenas as sentenças *terminativas*; além disso, qualquer sentença pode tornar-se definitiva, não apenas as de mérito. As decisões de conteúdo processual tornam-se definitivas também; a diferença é a que a definitividade recairá sobre o que foi decidido, ou seja, sobre as

232. Sobre o conceito de sentença, ver o que se disse anteriormente, em item próprio. Ver também o capítulo sobre extinção do processo, no volume 1 deste *Curso*.

questões processuais. Esta é a razão do art. 486, §1º, CPC. O tema será examinado no capítulo sobre coisa julgada.

Por isso, o *Curso* não adota essa terminologia, embora seja obrigado, por razões didáticas, a mencioná-la.

8.2. Classificação baseada na profundidade do exame (decisão definitiva e decisão provisória) e na natureza da questão decidida (decisão de admissibilidade e decisão de mérito)²³³

Essa classificação tradicional em decisões definitivas e decisões terminativas precisa ser repensada. O adjetivo *definitiva* deve ser utilizado para qualificar a imutabilidade de uma decisão judicial, e não o seu conteúdo. A imutabilidade de uma decisão judicial está relacionada à profundidade do exame da questão que o órgão jurisdicional resolveu.

A imutabilidade é um tipo de estabilidade a que pode submeter-se a decisão; mas não é a única. A decisão que concede tutela provisória satisfativa antecedente pode estabilizar-se (art. 304, CPC). Significa dizer que pode ela continuar surtindo efeitos a despeito da extinção do processo em que ela foi proferida. Mas essa estabilidade não se confunde com a imutabilidade própria da coisa julgada. Assim, podemos dizer que, embora a decisão provisória, calcada em cognição sumária, possa, em certas circunstâncias, tornar-se estável, essa estabilidade não se confunde com a imutabilidade própria da coisa julgada, que é típica das decisões definitivas. Para maiores considerações sobre o tema, ver o capítulo sobre a Tutela Provisória, neste volume do *Curso*.

Uma questão pode ser resolvida em cognição sumária ou exauriente. Uma decisão fundada em cognição sumária não tem aptidão de tornar-se definitiva, ao contrário de uma decisão fundada em cognição exauriente.

Qualquer questão pode ser conhecida sumária ou profundamente.

Uma questão processual pode ser conhecida em cognição exauriente, como acontece quando, na fase de saneamento, o órgão jurisdicional resolve as questões relativas à admissibilidade do procedimento. Uma questão processual pode ser conhecida *sumariamente*, como ocorre nos casos em que o órgão jurisdicional admite a petição inicial e ordena a citação do réu. Nada impede que, posteriormente, após a apresentação da defesa, o magistrado reveja o seu posicionamento.

233. As reflexões feitas a partir daqui foram produto de longa discussão com o Prof. Roberto Gouveia Filho, da Universidade Católica de Pernambuco, a quem agradecemos pelo debate franco e profícuo.

Uma questão de mérito pode ser examinada sumariamente, como acontece na análise do pedido de tutela provisória satisfativa, ou profundamente, quando o órgão jurisdicional resolve o objeto litigioso do procedimento (julgando o pedido formulado na petição inicial, no recurso, na petição do incidente etc.)

Note-se, ainda, que uma questão processual pode ser uma questão de mérito. A competência, por exemplo, pode ser examinada como questão principal e de modo exaustivo no conflito de competência. O mesmo pode ocorrer com a parcialidade do julgador, objeto do incidente de arguição de suspeição e impedimento.

Assim, é possível que algumas questões sejam de *admissibilidade*, em relação a um dado procedimento, e de *mérito*, em relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de *admissibilidade* e de *mérito* em relação a um mesmo procedimento.

Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, se um pressuposto ou requisito processual surge como questão de mérito em um procedimento, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais. Há decisões de mérito sobre questões processuais, portanto.

É muito mais adequado, portanto, dividir as decisões em *provisórias* e *definitivas*, em relação à sua estabilidade, e em *decisões de admissibilidade do processo* e *decisões de mérito*. Decisões definitivas têm aptidão para tornar-se indiscutíveis. O adjetivo *definitiva* nada tem a ver com o conteúdo da decisão, mas com a sua indiscutibilidade. O adjetivo *terminativa*, de outro lado, nada diz: toda decisão, de certa forma, *termina* algo (a discussão sobre uma questão, uma fase ou o próprio procedimento).

É possível fazer um entrelaçamento das classificações.

Há, assim, *a*) decisões de admissibilidade provisórias (p. ex., a que recebe a petição inicial); *b*) decisões de admissibilidade definitivas (p. ex., decisão de saneamento); *c*) decisões de mérito provisórias (p. ex., decisão que concede tutela antecipada fundada em cognição sumária); *d*) decisões de mérito definitivas (p. ex., decisões que acolhem ou rejeitam o pedido).

Essa sistematização auxilia na compreensão da coisa julgada das decisões de admissibilidade (verdadeira coisa julgada, como afirma Luiz Eduardo Mourão, cujo posicionamento será examinado no capítulo sobre coisa julgada, mais à frente), plenamente possível, embora muitas vezes ignorada.

9. A DECISÃO E O FATO SUPERVENIENTE

9.1. O art. 493 do CPC

O art. 493 do CPC admite a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte ou mesmo de ofício, levar em consideração *atos* constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, que sejam *supervenientes* e influam no julgamento da causa²³⁴.

Trata-se de dispositivo digno de aplauso, porque parte da (correta) premissa de que o processo precisa de algum tempo para ser resolvido e de que o inexorável passar do tempo pode fazer com que as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio sejam alteradas. Partindo dessa premissa, o legislador determina que tais alterações sejam levadas em consideração pelo magistrado no momento de proferir a decisão, haja vista o potencial que têm de influenciar no seu conteúdo.

O art. 493 consagra a máxima segundo a qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do *julgamento* da demanda, e não aquele que existia quando da sua *propositura*²³⁵.

Ele autoriza que se dê relevância a qualquer fato superveniente que possa interferir no julgamento da causa, notadamente para impedir o juízo de inadmissibilidade do processo, que deve ser evitado, como se evitam as nulidades processuais. Assim, por exemplo: (i) ajuizada ação rescisória antes do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a superveniência deste impede o juízo de inadmissibilidade da demanda; (ii) o ajuizamento de demanda executiva sem que houvesse o inadimplemento pode ser aproveitado se, durante o desenrolar do processo, a dívida tornar-se exigível.

Também em função do que prevê o art. 493 do CPC, é plenamente admissível que o demandado se valha de fato superveniente extintivo ou modificativo como fundamento da sua defesa – como, aliás, também prevê o art. 342, I, do CPC.

São exemplos disso: (i) em curso ação de cobrança de quantia, ainda que o demandado já tenha oferecido contestação, poderá alegar, por simples petição, o direito de compensar o crédito perseguido com outro a que faz jus em face do autor,

234. “No *ius superveniens* compreendem-se tanto a lei superveniente quanto os fatos supervenientes” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 128). Nesse sentido: “PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – NORMA SUPERVENIENTE (CPC, ART. 462) – DÚVIDA QUANTO À SITUAÇÃO DE FATO. I – No processo de Mandado de Segurança leva-se em conta norma superveniente cujo advento torna lícita a pretensão do impetrante. II – Se existem nos autos informações contraditórias, quanto aos fatos alegados pelo impetrante, seu direito perde liquidez, impossibilitando-se a concessão da Segurança” (STJ, 1ª T., REsp 191149 / RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 08/02/2000, publicado no DJ de 03.04.2000, p. 114). A referência é ao art. 462 do CPC-1973, que corresponde ao art. 493 do CPC atual.

235. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.) São Paulo: Atlas, 2004, p. 1421.

por conta de fato superveniente; (ii) a possibilidade de o réu pedir a improcedência da demanda civil *ex delicto* quando sobrevier, no curso do processo cível, sentença penal absolutória por negativa de autoria ou ausência de materialidade (art. 935, Código Civil); (iii) pode o recorrido pleitear a inadmissibilidade de um recurso se, no curso do procedimento recursal, o recorrente resolve cumprir a decisão impugnada, caso que revela a superveniência de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

O art. 493 não menciona possibilidade de o demandado alegar “fato impeditivo”, aludindo apenas aos extintivos ou modificativos que forem supervenientes. A razão é lógica, já que os fatos impeditivos necessariamente têm que ser anteriores ou contemporâneos à ocorrência do fato jurídico que dá vida ao direito do autor. Jamais serão posteriores (ou supervenientes). Exemplos de fatos impeditivos são a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico com base em que o demandante pede o cumprimento de uma obrigação contratual²³⁶.

9.2. Causa de pedir e causa de defesa supervenientes

Questão interessante é saber se é possível, por aplicação do art. 493, admitir-se a alteração, de ofício ou a requerimento, dos fundamentos de fato narrados como *causa de pedir* da demanda. Em outras palavras, é possível ao magistrado julgar procedente uma demanda com base em causa de pedir superveniente?

O ponto é bastante controverso, mas, de uma forma geral, prevalece o entendimento de que os fatos supervenientes cuja apreciação é admitida pelo art. 493 são apenas os *atos simples* ou *atos constitutivos*, que não alterem a causa de pedir, mas apenas a confirmem; ou seja, os fatos que se conformam à *causa petendi* alegada²³⁷, como o vencimento superveniente da dívida cobrada com fundamento em suposta inadimplência.

236. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, p. 284; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 226; BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.422. “Observe-se que, tanto no CPC português como no CPC brasileiro, não há referência a fato impeditivo, eis que não se concebe um fato impeditivo que seja superveniente. Os fatos impeditivos são sempre anteriores ou contemporâneos à constituição do direito subjetivo. Este – o direito subjetivo – surge com o fato constitutivo. Se há um fato impeditivo, não houve o fato constitutivo, não tendo surgido o direito. Como o próprio nome já indica, o fato impeditivo impede que se constitua o direito, não permitindo que o fato constitutivo produza efeitos jurídicos.” (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, p. 90). Mas o próprio Leonardo Cunha lembra que “os fatos impeditivos podem, entretanto, ser objeto de *conhecimento superveniente*, devendo, então, ser considerados inseridos na previsão legal” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 91).

237. É o pensamento, por exemplo, de NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 784. Sintetizando a visão doutrinária: LEONEL,

Moniz de Aragão tem entendimento ainda mais restritivo: entende que o fato superveniente não pode constituir nem nova causa de pedir, nem nova causa de defesa²³⁸.

Cândido Rangel Dinamarco chega a propor uma distinção entre os fatos que beneficiam o autor e aqueles que beneficiam o réu, afirmando que, quanto a estes, “a regra liberalizadora contida no art. 462 encontra campo bem mais fértil”²³⁹ (o art. 462 do CPC-1973 corresponde ao art. 493 do CPC atual), haja vista a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508, CPC), que recairia sobre as alegações de fato, mesmo as supervenientes, que poderiam ter sido deduzidas mas não o foram. Quanto aos fatos que beneficiam o autor, porém, afirma que “o não-conhecimento do fato superveniente não comprometeria de morte o eventual direito do autor, uma vez que a sentença fará coisa julgada somente nos limites dos fatos alegados na petição inicial”²⁴⁰, de forma que o demandante, a seu entender, poderia ajuizar nova (e distinta) demanda, fundada nesse fato novo. Isto manteria íntegras, segundo sustenta, as regras da congruência objetiva e da estabilização da demanda.

Dinamarco, no entanto, enfatiza que, “seja quanto ao autor ou ao réu, a incidência do disposto no art. 462 do Código de Processo Civil deve ser sempre favorecida nos casos em que sobre o fato a ser considerado tenha havido suficiente discussão entre as partes, com resultados probatórios capazes de forma segura convicção do juiz”²⁴¹ (o art. 462 do CPC-1973 corresponde ao art. 493 do CPC atual). Nessa passagem, parece admitir o conhecimento do fato superveniente, pouco importando se favorece ao autor ou ao réu, desde que haja observância do contraditório. Não deixa claro, contudo, se a ressalva que faz, quanto

Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 228; BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (Coord.) São Paulo: Atlas, 2004, p. 1421-1422. Na jurisprudência: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – ART. 462 DO CPC – DIREITO SUPERVENIENTE – PIS/ COFINS – LEI 9.718/98 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO – COFINS – VENDA DE IMÓVEIS: INCIDÊNCIA. 1. A regra contida no art. 462 do CPC tem perfeito cabimento em sede das instâncias ordinárias, devendo ser aplicado o direito superveniente, no momento do julgamento da ação, independentemente de quem possa se beneficiar com a medida. O que não se admite, isso sim, é alteração do pedido ou da causa de pedir delineados na petição inicial. (...) 7. Agravo regimental improvido”. (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 548.700/PE, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 17.08.2006, p. 336); “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. ANULAÇÃO DO ATO. PARCELAS NÃO PAGAS. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. RECONHECIMENTO. – Na forma do art. 462 do CPC, nada impede ao julgador, mesmo de ofício, reconhecer fato superveniente à propositura da ação que venha a influir no julgamento do mérito da demanda. Entretanto, o fato novo a ser considerado não poderá alterar a causa de pedir ou o pedido inicialmente formulados pelo autor sob pena de violação do princípio da estabilidade da demanda, devendo o juiz diante das circunstâncias do caso concreto aferir sua possibilidade ou não (...)” (TRF 4ª Região, 3ª T., AC 2001.71.10.003800-9/RS, rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, j. em 06.02.2006, publicado no DJ de 19.04.2006, p. 564). A referência é ao art. 462 do CPC-1973, que corresponde ao art. 493 do CPC atual.

238. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 131.

239. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 285.

240. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 284.

241. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 286.

ao demandante, estende-se aos *atos constitutivos supervenientes*, ou se, ainda com o contraditório, somente os fatos simples que lhe favorecessem poderiam ser levados em consideração.

Não se pode concordar com essa tese.

A simples leitura do art. 493 revela com clareza a “vontade do legislador”: não são somente os *atos simples* supervenientes que podem, ou devem, ser considerados pelo juiz no momento de julgar, mas os *atos constitutivos* do direito – isto é, fatos supervenientes que sejam relevantes ao acolhimento da demanda²⁴². Se fosse sua intenção referir-se a meros fatos circunstanciais, que simplesmente confirmassem os fatos anteriormente narrados, decerto que não se faria ali alusão à expressão “fato constitutivo”.

Não bastasse isso, o dispositivo não distingue qual das partes pode alegar que tipo de fato: em nenhum momento se diz ali que *ao réu* é lícito valer-se de fatos extintivos ou modificativos supervenientes, mas *ao autor* somente é possível valer-se de fatos simples. Ao contrário, o que parece é que o legislador tencionou equiparar as duas situações, misturando no dispositivo de lei as hipóteses em que o fato superveniente beneficia tanto ao autor quanto ao réu²⁴³.

Dizer que a previsão do art. 493 deve beneficiar mais amplamente ao réu é extrair dele uma interpretação incompatível com o texto do enunciado normativo, criando uma situação não prevista em lei – e, o que é pior, aparentemente rechaçada pela lei, que prefere equiparar as partes, em vez de discriminá-las. É admitir também uma situação que fere a razoabilidade e a garantia da efetividade da jurisdição, na medida em que impõe ao autor o ônus de ajuizar uma *nova* demanda para, só então, discutir o que, sem maiores prejuízos, poderia ser discutido numa demanda já instaurada. Por fim, essa interpretação mais abrangente do art. 493 admitida apenas quanto ao réu, acabaria tornando o referido dispositivo legal uma mera repetição do que já se admite no art. 342, I, do CPC.

Eis o ensinamento de Pontes de Miranda: “A regra jurídica que se põe no art. 462, em vez de se referir à proponibilidade de ação de modificação, de extinção ou de criação, de que se cogita em geral, permite após inserção no pedido, que teve seus limites iniciais, de alegação de haver ocorrido algo, depois da proposição de ação, com efeito gerador (constitutivo, modificativo, ou extintivo). Tal solução é elogiável, porque evita que se tenha de propor outra ação, como também afasta

242. Quanto aos fatos que beneficiam o demandado, não há, como se viu, muita controvérsia: admite-se o conhecimento até mesmo de fatos *relevantes* (extintivos ou modificativos do direito do autor).

243. Moniz de Aragão bem o diz: “Não parece haver dúvida de ambos os litigantes poderem valer-se do *ius superveniens*, em igualdade de condições” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 128). No entanto, como já se viu, o autor entende que os fatos supervenientes, embora possam beneficiar a ambas as partes, não podem alterar nem a causa de pedir, nem a causa de defesa.

a inadequada invocabilidade do princípio que se aponta no art. 294 ('Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo')²⁴⁴. O art. 462 do CPC-1973, citado no texto, corresponde ao art. 493 do CPC atual.

Na verdade, o art. 493 configura uma mitigação às regras da congruência objetiva da decisão e da estabilização objetiva do processo.

Predomina a ideia de que a teoria adotada pelo CPC para explicar a causa de pedir é a da *substanciação* (ou substancialização), segundo a qual o demandante precisa narrar, no seu ato postulatório, os fundamentos de fato com base nos quais vem formular o seu pedido, bem como fazer uma proposta de enquadramento jurídico desses mesmos fatos – isto é, indicar qual a relação jurídica que nasce desses fatos. É por isso que se diz que a causa de pedir, para o CPC brasileiro, é composta da narrativa dos fundamentos de fato e dos fundamentos jurídicos (art. 319, III, CPC)²⁴⁵.

Em regra, os fatos que compõem a causa de pedir são imunes a alterações ulteriores. O art. 329 do CPC consagra regra de estabilização objetiva do processo, segundo o qual, depois da citação válida, o autor só pode alterar o seu pedido ou causa de pedir com a anuência do réu, e em nenhuma hipótese poderá fazê-lo após o saneamento do processo.

Para a teoria da *individuação* (ou individualização), a causa de pedir se completa pela só afirmação de uma determinada relação jurídica. Exemplo clássico é o da ação reivindicatória, em que bastaria que se afirmasse o direito de propriedade, sem que houvesse necessidade de informar como se deu a aquisição – se por compra e venda, por transmissão *mortis causa*, por usucapião etc. Como consequência, a modificação dos aspectos de fato no curso do processo, com manutenção da relação jurídica e do pedido, não configuraria alteração da causa de pedir e, por isso, não ofenderia a estabilização da demanda²⁴⁶.

Diante do sistema da estabilização objetiva do processo, poder-se-ia concluir, em um primeiro momento, que nenhuma modificação de fato posterior à etapa de saneamento do processo poderia ser levada em consideração para o julgamento da causa, ainda que se tratasse de fato relevante para o reconhecimento do direito do demandante.

244. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*, cit., tomo V, p. 81. O autor se refere à redação que tinha o art. 294 do CPC-1973 antes da alteração implantada pela Lei n. 8.718/1993.

245. Sobre o tema, ver o capítulo sobre petição inicial, no v. 1 deste Curso.

246. SILVA, Eduardo Silva da. "Elementos da ação: sujeitos e causa", in *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 153.

Sucedee que o próprio art. 493, como já se antecipou, consubstancia uma mitigação à estabilização objetiva – e não é o único: os arts. 342, 515, §2º e 1.014, todos do CPC, são outros exemplos²⁴⁷. Essa conclusão deflui da constatação de que o legislador faz expressa referência à possibilidade de se levar em conta *fato constitutivo* superveniente, o que revela que essa autorização não atinge apenas aqueles fatos simples, circunstanciais ou secundários, mas sim aqueles *fatos relevantes* à apreciação do pedido do autor.

A *flexibilização* do rigor da estabilidade objetiva do processo, nestes casos, proporciona não só resultados úteis, justos e efetivos, como também uma maior economia processual, “já que torna desnecessária a propositura de nova ação para discutir questão que, embora superveniente, pode ser colocada para debate na ação já em curso”²⁴⁸. Ademais, não há nada que justifique a possibilidade de o demandado levar em consideração, para a sua defesa, um fato superveniente, e o mesmo direito não ser deferido ao demandante.

Justamente porque admite ao juiz levar em consideração, até mesmo de ofício, fatos não narrados na demanda (ou mesmo na defesa), o art. 493 configura também uma ressalva à regra da congruência objetiva que deve existir entre a decisão e os atos postulatórios (pedidos e fundamentos).

Sendo assim, o magistrado pode, sim, julgar uma demanda com base em fato superveniente, seja para acolhê-la (*causa petendi* superveniente), seja para rejeitá-la (*causa excipiendo* superveniente).

Para bem compreender a importância prática dessa interpretação, basta pensar em processos em que se discute relação jurídica permanente (como a relação de família). Imagine uma ação proposta por mulher que se afirma vítima de violência doméstica e pede a concessão de uma medida protetiva. Novo ato violento, praticado durante o processo, é um novo fato constitutivo do direito afirmado; com base no art. 493 do CPC, pode ser conhecido, até mesmo de ofício.

Há outro exemplo, colhido de interessante julgado do STJ. Admitiu-se que uma ação de separação judicial proposta com fundamento na prática, pela ré, de atos de conduta desonrosa e de tentativa de homicídio, fosse julgada procedente, a despeito de não terem sido

247. A estabilização objetiva do processo existe para que não haja tumulto processual, atingindo a atividade dialética das partes e a atividade cognitiva do magistrado, e, por via de consequência, a segurança jurídica. Mas a segurança jurídica aí almejada pode acabar colidindo com a necessidade de que o processo seja efetivo, atribuindo ao jurisdicionado aquilo a que, por lei, faz jus.

248. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.421. Também assim, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 244; ASSIS, Araken de. “Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 195; 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.

provadas as alegações de fato que alicerçavam o pedido. Isto porque o juiz levou em consideração um fundamento de fato ocorrido após o ajuizamento da ação e devidamente provado nos autos, que, por si só, já era suficiente para que se pudesse alcançar a separação judicial – causa de pedir superveniente, portanto. Em que pese o Min. Athos Gusmão Carneiro, relator do recurso, ter afirmado, nos fundamentos do seu acórdão, que o fato superveniente representava “fato simples”, a verdade é que configurava verdadeiro *fato constitutivo* do direito do autor, tanto que, por si só, como se disse, foi suficiente para gerar o acolhimento do seu pedido (STJ, 4ª T., REsp n. 11.086, rel. Min. Athos Carneiro, j. em 12.08.1991).

O STJ parece ter admitido a possibilidade de a ação revisional de alimentos ser “julgada procedente em razão de fato superveniente ao ajuizamento da ação, reconhecido com base no art. 462 do CPC, circunstância que deverá ser levada em consideração para o efeito de definição do termo inicial dos efeitos da sentença” (STJ, Segunda Seção, EREsp 1181119/RJ, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 27.11.2013, DJe 20.06.2014). O art. 462 do CPC-1973 corresponde ao art. 493 do CPC-2015.

Para que se examine o *fato constitutivo superveniente*, no entanto, é necessário que ele seja suficiente para deflagrar a *mesma* relação jurídica (*causa de pedir próxima*) já posta em juízo (*causa de pedir remota concorrente*), não se admitindo que deflagre relação jurídica diversa – ex. numa ação de divórcio movida pelo marido em face da mulher, o autor não poderia, com base em crédito superveniente, pleitear o pagamento de determinada quantia, pois o crédito aí seria fato gerador de relação jurídica diversa, de cunho obrigacional.²⁴⁹

Se, porém, o dispositivo vier a servir de base para a inserção indevida de fatos no processo – fatos, por exemplo, que poderiam ter sido alegados quando da propositura da demanda ou quando do oferecimento da defesa –, esse tipo de conduta constituirá ilícito processual, admitindo a decretação de invalidade dos atos processuais subsequentes. Sucede que, como dito no capítulo sobre as invalidades processuais, no volume 1 deste *Curso*, não se pode decretar a sanção da invalidade se não houver prejuízo.

Não se pode ignorar esse princípio fundamental do direito processual. Correta, assim, a lição de Ricardo de Barros Leonel: “se determinado fundamento (*causa de pedir*), pretensão ou defesa foram introduzidos intempestivamente, com eficácia

249. A essa conclusão também chegou Leonardo Carneiro da Cunha, para quem “... o juiz deve levar em conta, na sentença, os fatos supervenientes que constituam o direito do autor, ainda que haja modificação da causa de pedir. É possível haver modificação da causa de pedir *remota*, não sendo possível a alteração da *próxima*”. (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, n. 11.1, p. 101.)

superveniente à propositura da demanda (portanto mediante violação de regras formais do processo), mas acabaram sendo *amplamente debatidos pelas partes, com produção de provas a seu respeito, e conseqüentemente sem que disso tenha decorrido prejuízo algum para as partes, por que proscrever a possibilidade de sua apreciação na decisão judicial?*”²⁵⁰

Assim, pode o magistrado controlar a introdução de fato superveniente no processo, de acordo com as regras aqui apontadas; violadas as regras, não obstante a atipicidade da conduta, o magistrado somente deverá invalidar os atos processuais se houver prejuízo, juízo valorativo a ser feito, sempre, no caso concreto.

Convém registrar a síntese conclusiva de Leonardo Carneiro da Cunha a respeito do tema: “O fato superveniente, enfim, há de ser levado em conta pelo juiz, ainda que haja modificação na causa de pedir *remota*, desde que respeitados o contraditório, os deveres de cooperação e os deveres de lealdade e boa fé processuais. Cumpre, todavia, rejeitar a possibilidade de mudança da causa de pedir, se isso implicar inutilidade da defesa apresentada pelo réu e da atividade já desenvolvida pelo juiz, porquanto, positivada a hipótese, seriam maiores as desvantagens de tal desperdício em relação às vantagens da modificação.”²⁵¹

9.3. Pressupostos para a aplicação do art. 493 do CPC

Ademais, alguns *pressupostos* devem ser atendidos para que seja permitida a aplicação do art. 493 do CPC, seja em favor do demandante ou do demandado.

a) o fato deverá ser superveniente (posterior à propositura da demanda) ou, se anterior, deverá ser de conhecimento superveniente (fato velho de conhecimento novo, “fato de nova notícia”).²⁵²

Cássio Scarpinella Bueno, em sentido diverso, entende que o dispositivo só se aplica aos fatos ocorridos depois da propositura da ação, não admitindo qualquer outra hipótese²⁵³.

250. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 244 (os grifos são do original).

251. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 105.

252. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 528-529.

253. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1421. No sentido do que defende o autor: “RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO. ART. 462. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FATO SUPERVENIENTE. PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Com efeito, a disposição contida no art. 462 do Estatuto Processual Civil pode ser aplicada tão somente a fatos supervenientes à propositura da ação. Carece de possibilidade jurídica do pedido a ação intentada no ano de 1998, quando já extinto o benefício da

Para Dinamarco, quanto ao autor, somente se podem considerar os fatos realmente supervenientes; já quanto ao réu, podem ser considerados os fatos supervenientes ou antigos, mas conhecidos posteriormente.²⁵⁴

b) é indispensável que se estabeleça o contraditório, abrindo-se às partes a oportunidade de manifestar-se sobre o fato novo que se pretende considerar no julgamento da causa – afinal, como já foi dito no v. 1 deste *Curso*, o contraditório é a garantia que têm as partes de manifestarem-se no processo ainda em condições de influenciar na convicção do magistrado²⁵⁵. A exigência de respeito ao contraditório foi expressamente prevista no parágrafo único do art. 493 do CPC, que, no entanto, apenas faz referência à sua necessidade quando o fato novo for constatado de ofício pelo magistrado. Na verdade, o contraditório é *sempre* necessário. Se o fato superveniente foi introduzido por iniciativa da parte, o juiz deve, sobre ele, ouvir a parte contrária.

c) o fato novo, para ser conhecido de ofício pelo magistrado, precisa estar provado nos autos; em outras palavras, não pode o juiz conhecer de ofício fato não demonstrado nos autos, porque aí estará julgando com base em conhecimento pessoal que possui dos fatos que envolvem a causa, o que lhe é vedado; o art. 371 do CPC é claro ao exigir que o juiz decida com base no que se encontra nos autos; trata-se de limitação ao convencimento do juiz²⁵⁶.

Tratando da hipótese em que o fato superveniente modifica a causa de pedir remota, tal como também admitimos linhas atrás, Leonardo Carneiro da Cunha traça os pressupostos para a aplicação do art. 493 do CPC nesses casos: “O fato superveniente, enfim, há de ser levado em conta pelo juiz, ainda que haja modificação na causa de pedir *remota*, desde que respeitados o contraditório, os deveres de cooperação e os deveres de lealdade e boa fé processuais. [...] Cumpre, todavia, rejeitar a possibilidade de mudança da causa de pedir, se isso implicar inutilidade da defesa apresentada pelo réu e da atividade já desenvolvida pelo juiz, porquanto, positivada a hipótese, seriam maiores as desvantagens de tal desperdício em relação às vantagens da modificação”²⁵⁷.

Renda Mensal Vitalícia. Recurso provido” (STJ, 5ª T., REsp 708831/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 01.03.2005, publicado no DJ de 21.03.2005, p. 441).

254. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed., v. 3, cit., p. 286.

255. Neste sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 242-250; Cássio Scarpinella Bueno (*Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1421) e Araken de Assis (“Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 198).

256. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre teoria geral da prova e parte geral do Direito probatório, neste volume do *Curso*.

257. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil*, cit., p. 105.

9.4. Aplicação do art. 493 do CPC na instância recursal

Questão interessante é saber se o art. 493 do CPC pode ser aplicado na instância recursal.

Embora a princípio pareça ser intuitiva a resposta positiva, deve-se lembrar que a possibilidade de alegar fato novo deve ser acompanhada da possibilidade de produzir-se prova para demonstrá-lo, bem como da necessidade de que se dê oportunidade para que a outra parte participe dessa produção de prova. Sucede que a admissibilidade de produção de prova nas instâncias recursais é tema ainda hoje impregnado de tabus²⁵⁸.

A despeito do alerta que ora se faz, parece-nos que é, sim, possível a aplicação do art. 493 nas instâncias recursais. Não se pode perder de vista que dispositivo tem forte inspiração nos princípios da efetividade da justiça, do contraditório e da ampla defesa, contribuindo para que o processo seja o mais justo possível. E somente se pode falar num processo justo quando o julgador tem a oportunidade de acercar-se de todos os fatos cuja análise é indispensável à solução do litígio.

Quanto à suposta impossibilidade de produção de prova na instância recursal, trata-se, como se disse, muito mais de um dogma do que verdadeiramente de um impedimento²⁵⁹; o art. 932, I, consagra expressamente o poder instrutório do relator, nos processos que tramitam em tribunal. A regra é o espelho do art. 370 do CPC.

O STJ chegou a dizer que há *error in procedendo* quando o tribunal deixa de levar em consideração, no seu julgamento, um fato superveniente relevante para o julgamento da causa²⁶⁰. Mas já decidiu ser impossível a alegação de fato superveniente na instância extraordinária, por ausência de prequestionamento²⁶¹. Curiosamente, no entanto, o mesmo STJ admitiu a aplicação do art. 462 do CPC-1973 (art. 493 do CPC-2015) no âmbito do recurso especial²⁶².

A questão voltará a ser examinada com mais minúcia no v. 3 deste Curso.

258. A advertência é de ARACÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 135.

259. Sobre esse tema, ver item a respeito no v. 3 deste Curso.

260. STJ, REsp 1.074.838/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. em 23.10.2012, DJe 30.10.2012.

261. STJ, 1.ª T., EDcl no Ag 702.863/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. em 14.03.2006, publicado no DJ de 03.04.2006, p. 245; STJ, 6.ª T., AgRg nos EDcl no REsp 379705/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 09.03.2006, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 217.

262. STJ, 3.ª T., EDcl nos EDcl no REsp 317255/MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 07.08.2003, publicado no DJ de 01.09.2003, p. 277; STJ, 3.ª T., REsp 77247/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22.10.1996, publicado no DJ de 03.02.1997, p. 719.

10. A DECISÃO QUE ACOLHE EXCEÇÃO SUBSTANCIAL DILATÓRIA

A exceção substancial é um contradireito²⁶³. Mais precisamente, é o contradireito que o sujeito pode exercer, quando é demandado judicial ou extrajudicialmente, e que tem por objetivo neutralizar, temporária ou definitivamente, os efeitos do direito, da pretensão, da ação ou da exceção que contra ele se exerce, ou extingui-los. Trata-se de uma *posição de vantagem* de que é titular o demandado em face do demandante.

A depender da natureza da situação jurídica ativa a que se contrapõe a exceção, podemos falar em *exceções processuais*²⁶⁴ e *exceções substanciais*. Diz-se que a exceção é substancial quando esse contradireito é exercido contra uma situação jurídica ativa *substancial*, atuando no contexto da relação jurídica material deduzida em juízo. É o caso, por exemplo, da prescrição, do direito de retenção e da exceção de contrato não cumprido.

Como visto, as exceções substanciais, quando exercidas, têm por objetivo neutralizar, *temporária* ou *definitivamente*, os efeitos do direito, da pretensão, da ação ou da exceção a que se contrapõem. Quando elas têm por objetivo neutralizar *definitivamente* esses efeitos, diz-se que são *exceções peremptórias* (p. ex., exceção de prescrição e exceção de que a dívida cobrada é oriunda de jogo ou de aposta)²⁶⁵; quando têm por objetivo neutralizá-los *apenas temporariamente*, diz-se que são *exceções dilatórias* (p. ex., a exceção de contrato não cumprido, a exceção de

263. Nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 39.

264. “Normalmente quando se fala em *exceção processual* vem à mente a ideia de *defesa concretamente exercida*, que é uma das acepções que se lhe emprestam, conforme já vimos, ou ainda a ideia de *meio de defesa* com que se impugnam questões processuais, tais como a exceção de incompetência relativa ou as exceções de parcialidade. Embora esse não seja o móvel da nossa pesquisa, julgamos que é possível pensar na expressão *exceções processuais* no sentido de *contradireitos neutralizantes de natureza processual*. Basta que a posição de vantagem contra a qual elas se opõem seja de natureza processual. [...] É o que se dá, por exemplo, com a impugnação ao cumprimento de sentença e com os embargos de devedor. A princípio, a defesa do executado não suspende o curso do procedimento, mas é possível que, desde que atendidos determinados requisitos, o magistrado lhe confira efeito suspensivo (art. 475-M, CPC; art. 739-A, §1.º, CPC). Há, então, para o executado, um *direito* (posição de vantagem) à *atribuição de efeito suspensivo* à sua defesa, se atendidos esses requisitos. Uma vez reconhecida essa posição de vantagem, a consequência disso é a suspensão dos atos executivos. A despeito disso, o exequente tem o *contradireito* de, prestando caução arbitrada pelo juiz, ver neutralizados os efeitos do direito reconhecido ao executado (art. 475-M, §1.º, CPC), o que vale também para os embargos de devedor, por força do que diz o art. 598 do Código de Processo Civil” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*, cit., p. 44-45). O trecho transcrito faz referência ao CPC-1973. O contradireito processual a que faz alusão está previsto atualmente no art. 525, §10, do CPC. A incompetência relativa não mais se argui por exceção instrumental, mas na contestação, como questão preliminar (art. 337, II, CPC).

265. “A peremptoriedade da exceção”, alerta Pontes de Miranda, “não significa que, à diferença da dilatoriedade, em virtude dela se exclua o direito” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 14). O que ocorre é a permanência, no tempo, do encobrimento que ela proporciona.

retenção por benfeitorias, a exceção de benefício de ordem²⁶⁶ e a exceção do fiador para recusa provisória do adimplemento²⁶⁷).

A *exceção substancial dilatória* de que falamos neste item é, pois, o contradireito que pode ser exercido pelo demandado, contra o demandante, com o objetivo de impedir, temporariamente, que este, demandante, exerça o seu direito ou pretensão. Perceba que, nesses casos, a exceção consiste num direito que o demandado tem de *recusar* a prestação que o demandante quer ver certificada em seu favor *até que* esse demandante adote, ele próprio, outra conduta.

Assim, por exemplo, na exceção de contrato não cumprido, o excipiente tem o direito de recusar o cumprimento da sua prestação até que o demandante/excepto cumpra a sua própria prestação em favor do demandado. Na exceção de retenção por benfeitorias, o demandado/possuidor da coisa tem o direito de retê-la até que o demandante indenize o valor das benfeitorias implantadas. Na exceção de benefício de ordem, o demandado/beneficiário tem o direito de preservar o próprio patrimônio até que o patrimônio do devedor principal se mostre insuficiente para cobrir toda a dívida.

Conforme visto no capítulo sobre a teoria da cognição, no volume 1 deste *Curso*, quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor. Considerando que a exceção substancial dilatória é uma espécie de contradireito, temos, então, que o seu exercício pelo réu tem o condão de, igualmente, *ampliar* o objeto litigioso do processo, acrescentando mais uma questão de mérito a ser apreciada e julgada pelo magistrado.

Uma das questões mais tormentosas relativas a esse tema diz respeito à solução a ser dada à demanda cognitiva em que o demandado opõe exceção substancial dilatória ao demandante e esse contradireito é reconhecido pelo magistrado. O que deve ser feito, então? O pedido do autor deve ser julgado procedente ou improcedente?

O Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema, tratando de situação em que o réu arguiu exceção de contrato não cumprido, que foi acolhida. Após

266. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIV, p. 184. Exemplos desse benefício podem ser encontrados na fiança – art. 827, Código Civil. “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. Parágrafo único. “O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito” – e no contrato de sociedade – art. 1.024, CC. “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

267. Sobre esse tipo de exceção, eis o que diz Pontes de Miranda: “Se o devedor principal tem em juízo ação de anulação ou outra ação, contra o credor, de que possa resultar a desconstituição do negócio jurídico de que provém o crédito, pode o fiador recusar, provisoriamente, o cumprimento do que prometeu, pois está em juízo a questão. [...] Há, aí, *exceção dilatória*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XLIV, cit., p. 190).

interessante discussão travada entre os Ministros da Terceira Turma, o STJ chegou à conclusão de que o pedido do autor, nesse caso, deveria ser julgado improcedente, sob o argumento de que “a prestação inexigível não pode ser tutelada judicialmente”. Entendeu, pois, que a prestação devida pelo demandado era inexigível pelo fato de o demandante não ter cumprido a sua própria contraprestação²⁶⁸.

Nesse mesmo sentido, e cuidando da exceção de contrato não cumprido, Miguel Mesquita entende que “o tribunal não deve, uma vez provada a *exceptio non adimpleti contractus*, condenar o réu a cumprir a prestação se e quando o autor realizar a correspondente contraprestação”²⁶⁹. Em sua opinião, o caso seria de “mera improcedência temporária da ação e a consequente paralisação do direito subjetivo, sem ficar afastada a possibilidade do seu exercício futuro”²⁷⁰.

Não bastasse isso, havia, no CPC-1973, dispositivo que induzia à conclusão de improcedência. Trata-se do art. 466-C, segundo o qual, quando um contrato tivesse por objeto a transferência de coisa determinada, ou de qualquer outro direito, o pedido de cumprimento de tais obrigações não seria acolhido “se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível”. *O dispositivo não foi repetido no CPC atual.*

Num outro extremo, Enneccerus, tomando por base texto expresso do Código Civil alemão²⁷¹, entende que o acolhimento da exceção não tem por consequência a improcedência da demanda. A consequência há de ser a condenação do demandado a prestar simultaneamente à prestação do demandante. E continua: “la sentencia tiene, pues, que pronunciar que el demandado ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación”²⁷².

268. “CIVIL E PROCESSO CIVIL. EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS. EFEITO PROCESSUAL. A exceção de contrato não cumprido constitui defesa indireta de mérito (exceção substancial); quando acolhida, implica a improcedência do pedido, porque é uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, oponível como preliminar de mérito na contestação (CPC, art. 326). Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 673.773/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 15.03.2007, publicado no DJ de 23.04.2007, p. 256). Deve-se destacar aqui o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, que entendeu que o acolhimento da exceção de contrato não cumprido era causa de suspensão da eficácia do distrato no bojo do qual foram pactuadas as prestações correspondentes.

269. 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. 95.

270. 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*, p. 93.

271. Eis a redação do §322 do BGB: “(Condena a la prestación simultánea) (1) Si una parte interpone acción al cumplimiento de la prestación debida de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho que le corresponde a denegar la prestación hasta la ejecución de la contraprestación sólo tiene la eficacia que la otra parte debe ser condenada al cumplimiento simultáneo. [...]” (MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Lei de Introducción al Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 103).

272. 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. 169.

René Cassin, por sua vez, entende que o acolhimento da exceção não importa nem mesmo a rejeição temporária da demanda do autor. Seu efeito será simplesmente, em princípio, o de impedir uma condenação pura e simples do *excipiens*, e de fazer adicionar a esta condenação uma condição²⁷³, que seria a condição do adimplemento, por parte do demandante/excepto, da sua própria prestação. Isso, segundo diz, guardaria maior conformidade com a tradição histórica do nosso instituto. Também nesse sentido é a opinião de Pontes de Miranda²⁷⁴, para quem, acolhida a exceção, deve-se julgar procedente a demanda, mas a satisfação do crédito do autor dependerá de que ele cumpra a própria obrigação.

Embora a controvérsia retratada se tenha instaurado no âmbito da discussão acerca do resultado a ser alcançado pela decisão que acolhe a exceção de contrato não cumprido, ela é representativa do problema relacionado à decisão que acolhe exceções substanciais dilatórias como um todo – e não apenas a exceção de contrato não cumprido.

Parece-nos que, a princípio, não há qualquer óbice teórico a que se diga que o resultado do acolhimento da exceção deve ser a *improcedência* do pedido do autor, desde que se tenha a consciência de que, operando-se aí a coisa julgada material, ela não impedirá o ajuizamento de futura demanda pelo autor, outrora excepto, nos casos em que já houver adotado a conduta cuja inobservância serviu de fundamento ao direito de recusa invocado pelo demandado – porque aí se tem a alteração das circunstâncias de fato, afastando o móvel que ensejara, no processo anterior, a exceção. Há, pois, uma nova demanda, de modo que a decisão acerca da questão principal aí discutida não estará obstada pela eficácia negativa da coisa julgada material que se operou no primeiro processo.

Mas existem pelo menos dois problemas em se adotar esta solução.

O primeiro deles é que, sem qualquer dúvida, é possível adotar solução diversa, “mais branda”²⁷⁵ para o demandante. Ora, como bem pondera Araken de Assis, “ninguém rejeitará a vantagem de evitar as despesas e os incômodos de uma ineludível e futura demanda”²⁷⁶. Basta pensar que, adotando-se a solução da *improcedência* do pedido do autor, terá ele que, superados os fatos que ensejaram a

273. No original: “n’emporte même pas le rejet temporaire de l’action du demandeur. Son effet sera simplement en principe d’empêcher une condamnation pure et simple de l’excipiens, et de faire adjoindre à cette condamnation [...] une condition” (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. 617).

274. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI, p. 103. O mesmo Pontes de Miranda, em outro tomo do seu *Tratado*, afirma que “o réu, na ação, pode ser condenado a prestar, satisfeita a exigência do excipiente” (idem. *Tratado de direito privado*, t. VI, cit., p. 22).

275. A expressão é de ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63.

276. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 63-64.

exceção substancial dilatória, ajuizar nova demanda cognitiva para, só então, obter a certificação de um direito que, de resto, nunca lhe fora negado.

E aqui surge o segundo problema: é da essência das exceções substanciais dilatórias, que, ao exercê-las, o demandado/excipiente *não nega* o direito afirmado pelo autor/exceto. Mais do que isso, o acolhimento da exceção tem por efeito principal tão somente a *suspensão temporária* da exigibilidade do crédito do demandante, seja ele um fazer, não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de uma quantia. Sendo assim, se nem mesmo o réu/excipiente nega o direito do autor/exceto e se o acolhimento da exceção apenas atinge esse direito no plano dos seus efeitos, suspendendo a sua exigibilidade (ainda assim, *temporariamente*), não nos parece coerente que o magistrado conclua, simplesmente, pela improcedência do pedido, porque com isso estaria certificando, em última instância, a *inexistência* do direito afirmado pelo autor – um direito cuja existência, repetimos apenas para enfatizar, jamais foi negada pelo excipiente.

Também não nos parece, por outro lado, que o caminho seria o de se concluir pela *procedência* pura e simples do pedido do autor, porque com isso se estaria certificando o direito do autor e impondo a sua observância pelo réu, nada obstante ter sido considerado legítimo o seu contradireito de recusa.

A melhor saída é, de fato, aquela sugerida por Cassin e por Pontes de Miranda, citados linhas atrás: a conclusão pela *procedência* da demanda, com a consequente certificação do direito afirmado pelo autor e a imposição ao réu do cumprimento desse direito, *sob a condição de* o demandante, para exigir-lhe a satisfação do direito certificado, adotar a conduta que lhe cabe²⁷⁷ – p. ex., cumprir ou assegurar a prestação que deve, no caso da exceção de contrato não cumprido; indenizar as benfeitorias indenizáveis, no caso da exceção de retenção por benfeitorias; executar primeiramente os bens do patrimônio do devedor principal, no caso de exceção de benefício de ordem.

Ou seja: a decisão deve certificar a *existência* do direito do autor, mas a sua execução deve ficar sob condição suspensiva de exigibilidade²⁷⁸.

277. Essa é também a opinião de Chiovenda, para quem o acolhimento das exceções substanciais impede “la condena pura y simple” e tende a “permitir únicamente a todo lo más una sentencia de condena *condicionada* a la contraprestación” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Profesor Jose Casais y Santaló. Madrid: REUS, 2000, t. I, p. 345).

278. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “[...] ainda quando corretamente manejada pelo excipiente, a exceção de contrato não cumprido não funciona como causa de improcedência da ação intentada pelo exceto. A exceção, in casu, é somente dilatória, provocando a suspensão de exigibilidade da prestação reclamada pelo autor apenas até o momento em que sua contraprestação seja adimplida. A sentença, portanto, deve ser de acolhimento do pedido, sob condição de execução simultânea das duas prestações em falta (isto é, a do autor e a do réu). Em outras palavras, para executar a sentença dada sob impacto da exceção do art. 1.092 do Código Civil, cumprirá ao credor ‘provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento’ (...). O sistema do nosso Direito, portanto, não é o de repelir a ação do exceto,

Observe que, considerando que o exercício da exceção substancial dilatória opera uma ampliação do objeto litigioso do processo, a solução que lhe é dada deve compor o dispositivo da decisão judicial. Assim, ao acolher a exceção exercida pelo réu, a sentença é *duplamente procedente*: reconhece a existência do direito do autor (cuja exigibilidade fica, contudo, suspensa) e reconhece também a existência do contraditório do réu. As afirmações de direito feitas pelas partes, que compõem o objeto litigioso do processo, são procedentes.

O Projeto do CPC, na versão aprovada na Câmara dos Deputados, continha dispositivo com o seguinte conteúdo: “A decisão que acolher a exceção de contrato não cumprido ou o direito de retenção julgará procedente o pedido, mas somente poderá ser executada se o exequente comprovar que cumpriu sua própria prestação ou que a colocou à disposição do executado”. Esse dispositivo foi suprimido no Senado, sem justificativa aparente, o que nos parece ter sido um equívoco: perdeu-se a chance de dar cabo da incerteza que paira sobre o assunto.

11. CONTEÚDO DA DECISÃO

11.1. Conteúdo e efeitos: distinção

Todo ato jurídico possui, necessariamente, um conteúdo. É o que lhe dá existência. Justamente por ser um ato *jurídico*, tem ele aptidão para produzir efeitos jurídicos.

Como todo ato jurídico, a decisão judicial possui conteúdo e deve ter, ao menos em tese, aptidão para gerar efeitos jurídicos. Não se confundem o conteúdo e os efeitos de uma sentença. Nada obstante a íntima relação que entre eles há, “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz”²⁷⁹. São entidades inconfundíveis: “aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra”²⁸⁰.

Uma coisa é a música; outra coisa é o que sentimos ao ouvi-la.

O conteúdo compreende a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado, seja para certificar o direito a uma prestação (fazer, não fazer ou dar coisa), seja para reconhecer um direito potestativo, seja ainda para tão somente

mas a de conferir-lhe uma sentença condicional contra o excipiente” (THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 136).

279. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176.

280. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Temas de direito processual – quarta série*, cit., p. 177.

declarar algo. Efeito é a repercussão que a determinação dessa norma jurídica individualizada pode gerar e que vincula, de regra, as partes do processo.

Por exemplo, o reconhecimento do direito do autor de receber uma quantia do réu, aliado à imposição ao réu de cumprimento desse dever (conteúdo), gera para o credor a possibilidade de, em caso de descumprimento, lançar mão de medidas executivas para satisfazer o seu direito já certificado (efeito). Do mesmo modo, o reconhecimento de um determinado direito potestativo, consistente, por exemplo, na anulação de um contrato (conteúdo), repercute na situação jurídica das partes envolvidas no processo, fazendo cessar os direitos e obrigações recíprocas que daquele contrato emanavam (efeito).

Diante dessa diferenciação, salta aos olhos a utilidade de classificar as decisões judiciais de acordo com o seu conteúdo, pois a partir do conteúdo de cada uma delas é que se poderá traçar um esboço dos efeitos que elas estarão aptas a gerar.

Uma importante consequência da distinção entre o conteúdo e os efeitos da sentença, aqui tomada em sentido amplo, está em que a coisa julgada atinge a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado (isto é, o *conteúdo* da sentença), e não os seus efeitos.

Nessa linha de pensamento, é possível ao titular da situação jurídica ativa renunciar ao direito que lhe fora certificado na decisão²⁸¹ ou mesmo celebrar acordo em momento posterior ao trânsito em julgado, afastando os *efeitos*, jamais o *conteúdo* da decisão. Também em decorrência de a coisa julgada operar-se tão somente sobre o conteúdo da decisão, é possível, por exemplo, ao juiz, mesmo após o trânsito em julgado de uma sentença mandamental ou executiva, alterar a medida coercitiva/subrogatória outrora imposta²⁸².

Pelo mesmo motivo, é possível àquele que se divorciou casar-se novamente, inclusive com a mesma pessoa de quem se divorciara. Isso somente se dá porque a intangibilidade implantada pela coisa julgada material somente atinge o conteúdo da decisão (a dissolução do vínculo matrimonial), e não os seus efeitos (a situação jurídica nova que surge após a dissolução; o *status* de “divorciado”). Se a coisa julgada material atingisse também os efeitos da decisão, tornando-os imutáveis, jamais seria possível aos “divorciados” deixar de sê-lo; não poderia mais casar-se novamente entre si, portanto.

281. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, ob. cit. p. 72.

282. Isto porque o que faz parte do conteúdo é a previsão de efetivação sem a necessidade de um novo processo, e não a forma como essa efetivação será feita.

11.2. Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo

11.2.1. Introdução

É bastante conhecida a divergência com que os doutrinadores nacionais e estrangeiros sempre trataram a questão da classificação das sentenças.

No fim do século XIX, na Alemanha, Wach falava que as sentenças poderiam ser classificadas em três modalidades, lançando a semente do que hoje se conhece como classificação ternária das sentenças em *condenatória*, *constitutiva* e *declaratória*. Essa foi a ideia que, essencialmente, prevaleceu ao longo de todo o século XX, embora tenha sofrido, aqui e ali, algumas variações.

Também no Brasil a chamada classificação ternária foi bem acolhida, mas mereceu a crítica de Pontes de Miranda, que contribuiu para uma mudança de pensamento quando lançou mão de outra classificação, a classificação quinária, que acrescentava às três modalidades já existentes de sentença dois outros tipos: as sentenças *mandamental* e *executiva*²⁸³.

283. Ver o capítulo relativo à teoria da ação, no v. 1 deste *Curso*. Para maiores considerações sobre a evolução histórica dessa discussão, com amplas considerações: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, p. 66; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004; _____. “As novas sentenças e os poderes do juiz”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, in *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-142; _____. “Sentença executiva?”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 51-68; _____. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72-80; _____. “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”. *Temas de Direito Processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53-70; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, 3 v; _____. “Direito material e processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2004, n. 33, p. 615-635; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-82; _____. “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-40; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129-138; _____. “Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação”. *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 63-114; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2004, n. 34, p. 665-689; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-110; _____. “O problema da eficácia da sentença”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-54. _____. “Direito material, processo e tutela jurisdicional”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319; ZANETI Jr., Hermes. “A

Com a edição da Lei n. 11.232/2005, essa discussão perdeu um pouco a sua razão de ser. Por conta dela, o CPC-1973 foi alterado de forma que toda decisão que reconhecia a existência de dever de prestar (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia) passou a poder ser efetivada no mesmo processo em que fora proferida, não havendo mais necessidade de instauração de um processo autônomo de execução. Perdeu o sentido, pois, distinguir as sentenças condenatórias das mandamentais e das executivas. O critério distintivo era exatamente a necessidade ou não de um novo processo para a efetivação da decisão judicial: a *sentença condenatória* deveria ser executada *ex intervallo*, em outro processo, a *sentença mandamental/executiva* poderia ser executada *sine intervallo*, ou seja, no mesmo processo em que proferida²⁸⁴.

A partir da redação dada ao art. 461 do CPC-1973²⁸⁵ (em 1994), as sentenças que reconheciam o direito a uma prestação de *fazer* ou *não-fazer* passaram a poder ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas. Em 2002, com a introdução do art. 461-A ao CPC-1973²⁸⁶, o mesmo regime foi estendido à efetivação das sentenças que reconhecessem o direito a uma prestação de entrega de coisa. Em 2005, a sentença *pecuniária* também passou a poder ser efetivada no mesmo processo em que proferida, como se via da redação do art. 475-J do CPC-1973²⁸⁷.

Esta é a diretriz adotada pelo CPC atual: todas as *sentenças de prestação* podem ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas, *sine intervallo*. Todas podem ser designadas, pois, de *condenatórias*, embora se reconheça que houve uma alteração no conceito de *sentença condenatória*.

O conceito de sentença condenatória é *jurídico-positivo*, e não *lógico-jurídico*: depende, pois, do exame do direito positivo. Se antes a

teoria circular dos planos (direito material e direito processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196; COSTA, Eduardo Fonseca da; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Teoria quinária da ação: estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos do seu falecimento*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

284. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 42, item 6.
285. Art. 461 do CPC-1973. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.
286. Art. 461-A do CPC-1973. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. [...] § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.
287. Art. 475-J do CPC-1973. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

execução *ex intervalo* era a regra, agora a regra é a execução *sine intervalo*. Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente *sentenças de prestação* dão ensejo à atividade executiva. Como não há mais distinção da técnica executiva, todas podem, sem problema, ser chamadas de *condenatórias*.

Volta-se ao começo, mas não se pode dizer que tenha havido um retrocesso. Retoma-se a importância da classificação ternária das decisões de procedência, levando-se em conta o seu *conteúdo*. É nesse sentido que dividimos as decisões de procedência entre as *sentenças de prestação* (que podem ser chamadas de *condenatórias*), as *constitutivas* e as *declaratórias*²⁸⁸. Restringe-se a classificação às decisões *de procedência*, porque as decisões de improcedência têm normalmente conteúdo declaratório²⁸⁹, o que retira a utilidade de que se submetam a uma classificação.

Além disso, é importante lembrar que, se a decisão tiver mais de um capítulo, é possível que cada um desses capítulos tenha um conteúdo distinto – e, portanto, que cada um deles tenha aptidão para gerar os efeitos que lhe são próprios.

Por exemplo, a decisão que decreta a rescisão de um contrato e determina ao réu o pagamento de uma indenização ao autor tem um capítulo constitutivo (o que desconstitui o contrato) e outro que impõe uma prestação (o que condena ao pagamento de quantia).

11.2.2. Decisões condenatórias

Decisões condenatórias ou decisões que impõem prestação 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. 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.²⁹⁰

A decisão que impõe ao réu a obrigação de pagar ao autor uma quantia a título de indenização por danos materiais ou morais é decisão

288. É a classificação adotada por ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Angela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s/a, t. 2, p. 5.

289. Veja-se o caso da que julga improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, que tem natureza constitutiva, porque decreta a inconstitucionalidade do ato normativo (art. 24, Lei n. 9.868/1999). Foi o que defendemos em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)”, in *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 356-363. A despeito disso, prevalece o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória; portanto, segundo o entendimento predominante, também o teria a decisão que julga improcedente a ação declaratória de constitucionalidade.

290. Relacionando a sentença condenatória com qualquer direito a uma prestação, DENTI, Vittorio. “Flashes’ sul accertamento e condanna”. *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM, 1985, p. 260.

que impõe prestação (obrigação de pagar quantia), assim como o é aquela que determina a uma emissora de televisão que se abstenha de veicular determinada reportagem em sua programação (obrigação de não-fazer) ou a que determina a uma empresa que reformule o rótulo dos produtos que comercializa para que nele passe a constar uma determinada informação importante para o consumidor (obrigação de fazer), ou ainda, e para trazer um último exemplo, a decisão que determina ao réu que restitua o bem que lhe foi entregue em depósito (obrigação de dar coisa).

Direitos a uma prestação são também conhecidos como *direitos subjetivos em sentido estrito*, que, ao lado dos *direitos potestativos* e dos *poderes-deveres* (*direitos/poderes funcionais*) compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou *direitos subjetivos em sentido amplo*²⁹¹.

O direito a uma prestação, quando certificado pelo juiz, precisa ser concretizado no mundo físico, o que somente vai acontecer se o demandado *cumprir* a ordem que lhe é dirigida. Isto se dá porque o bem da vida buscado, quando se lança mão de uma ação de prestação, é a própria prestação, ou seja, o resultado do fazer ou do não-fazer, a própria coisa ou a quantia cuja entrega ou pagamento se pretende. De nada adianta, por exemplo, àquele que foi reconhecido como credor de uma quantia ver certificado esse seu direito subjetivo por uma sentença, se o réu, a quem se dirigiu a ordem judicial, não efetuar o pagamento. É por isso que se diz que o direito certificado precisa ser concretizado no mundo físico.

Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Considerando que a autotutela é, em regra, vedada no ordenamento jurídico, o titular desse direito (credor), embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivá-lo. É nesse contexto que surge a tutela executiva como forma de efetivação judicial do direito a uma prestação: certificado o direito subjetivo do credor e ocorrendo o inadimplemento (não cumprimento voluntário) do devedor, pode o titular do direito valer-se de medidas executivas para efetivar a decisão, buscando a satisfação do bem jurídico almejado.

Assim, a atividade jurisdicional não se exaure com a *certificação* do direito subjetivo; ela somente se exaure com a *efetivação* desse direito.

291. Assim, também, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 173-174: "É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o *dever jurídico* da contraparte - um dever de '*facere*' ou de '*non facere*'. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas determinadas, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos que se contrapõe uma obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção, que impende sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de *direitos absolutos*), os direitos de família quando não forem *poderes-deveres*, etc."

Pode-se ver, com isso, que a decisão que impõe uma prestação tem por *conteúdo* a certificação da existência de um direito subjetivo do autor e a imposição ao réu do cumprimento do respectivo dever e tem por *efeito* viabilizar que o credor possa valer-se de medidas executivas para buscar a satisfação desse seu direito.

Sobre a forma de efetivação das decisões que impõem obrigação de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia, ver o v. 5 deste *Curso*, dedicado ao estudo da execução judicial.

É com base exatamente na *forma de efetivação* que as decisões que impõem prestação eram, no passado, subdivididas em *condenatórias*, *mandamentais* ou *executivas*. *Condenatória* era a designação reservada às decisões que exigiam o ajuizamento de um processo autônomo de execução (o chamado processo de execução de título judicial). As decisões *mandamental* e *executiva* poderiam ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas, a primeira por medida de *coerção indireta* e a segunda, por *coerção direta*. Essa distinção perdeu a razão de ser a partir de quando se tornou prescindível o manejo de ação autônoma de execução em todos os casos em que se reconheça um direito a uma prestação, possibilitando que o direito subjetivo ao pagamento de quantia possa ser efetivado *no mesmo processo* em que foi certificado – é a chamada execução como *fase* do procedimento.

Levando-se em conta o *conteúdo*, é possível agrupar numa mesma categoria as sentenças que impõem prestação. Analisadas, porém, quanto aos seus *efeitos*, parece-nos que ainda há alguma utilidade em que se classifiquem as decisões que impõem prestação em, pelo menos, *mandamentais* e *executivas*, que, neste sentido, seriam espécies de *sentença condenatória*.

Essa distinção parte da premissa de que a execução pode ocorrer com ou sem a participação do executado – o que é visto com maior profundidade no volume 5 deste *Curso*. Chama-se de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*) aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida; há uma substituição da conduta do devedor pela conduta do Estado-juiz. Já a *execução indireta* é aquela em que não há substituição da conduta do devedor; o Estado-juiz toma providências no sentido de forçar o próprio devedor a cumprir a prestação que lhe é imposta.

A decisão *mandamental* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *indireta* que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial – é o que se dá na decisão que impõe ao réu que faça alguma coisa, num determinado prazo, sob pena de multa diária. Já a decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele

não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto – é o que ocorre na decisão que impõe ao inquilino a entrega do bem imóvel ao locador, sob pena de despejo.

É importante fazer uma observação, neste momento: parte-se do pressuposto teórico de que a *execução indireta* (ou *por coerção indireta*) é execução. A premissa, reconhecemos, é polêmica, pois, para muitos, só há execução propriamente dita quando o Estado realiza *diretamente*, por sub-rogação, a prestação devida, a expensas do devedor²⁹².

As decisões condenatórias, de um modo geral, podem ser mandamentais ou executivas, a depender da medida coercitiva prevista na lei ou cominada pelo juiz.

Recomenda-se a leitura do item sobre ação condenatória, no capítulo sobre teoria da ação, no v. 1 do *Curso*.

11.2.3. Decisões constitutivas

Constitutiva é a decisão que certifica e efetiva direito potestativo. Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. São exemplos de direitos potestativos: (i) o de rever as cláusulas de um contrato ou de rever o valor da prestação alimentícia (altera relação jurídica); (ii) o de instituir servidão ou de adotar alguém (cria relação jurídica); (iii) o de rescindir um contrato ou de anulá-lo, ou ainda o direito de pedir o divórcio (extingue relação jurídica).

Ao formular um pedido constitutivo, o bem jurídico almejado pelo demandante é a situação jurídica nova decorrente do reconhecimento do direito potestativo de que se afirma titular (ou seja, a que surge após a alteração, a criação ou a extinção da relação jurídica)²⁹³. A decisão, portanto, que acolhe um pedido constitutivo é uma decisão constitutiva. Ela tem por *conteúdo* a certificação e a efetivação de um direito potestativo; seu *efeito* é a situação jurídica nova, que resulta do reconhecimento do direito potestativo. Apenas para exemplificar, a decisão que decreta a rescisão de um contrato (conteúdo) faz cessar todos os direitos e obrigações dele decorrentes (efeito).

Ao contrário do direito a uma prestação, o direito potestativo se efetiva no plano jurídico, não no plano dos fatos. É por isso que a sua efetivação prescinde de atividade executiva, tal como a que se exige para a efetivação de um direito de prestação. A decisão que certifica um direito potestativo já o efetiva com a simples

292. Sobre a polêmica, ver GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p.30-34; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. "Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da "execução" indireta". DIDIER JR., Fredie; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEDROSA NOGUEIRA, Pedro Henrique. (coords). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

293. Cf. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 23.

implantação da nova situação jurídica almejada, sem necessidade de que sejam praticados quaisquer atos de execução²⁹⁴.

Assim, por exemplo, a decisão que decreta a nulidade de um contrato é suficiente para que a relação jurídica contratual seja extinta, sendo desnecessário que as partes pratiquem qualquer conduta para tanto (p. ex., não precisam inutilizar as vias do instrumento do contrato, nem devolvê-las uma à outra). A decisão que julga procedente uma ação rescisória é suficiente para desconstituir a coisa julgada material que acobertava a decisão rescindenda, independentemente de ato material do réu. A revisão contratual implantada por uma decisão judicial opera efeitos independentemente de modificação material do instrumento do contrato (reestruturação das suas cláusulas, por exemplo).

Normalmente, os efeitos da decisão constitutiva se operam *ex nunc*, mas é possível que o legislador lhes atribua, em determinadas situações, eficácia retroativa (*ex tunc*), como é o caso da que anula (art. 182 do Código Civil)²⁹⁵ ou resolve negócio jurídico (art. 478 do Código Civil)²⁹⁶.

Fala-se em um tipo especial de decisão constitutiva, típica das ações de controle de constitucionalidade, digno de abordagem: a decisão aditiva.

A *decisão aditiva* (ou modificativa²⁹⁷) é aquela em que o Tribunal Constitucional acrescenta determinada disposição ou ressalva na norma, necessária para que esteja conforme a Constituição Federal. Adiciona à norma tida por inconstitucional um novo segmento que permite sua subsistência no sistema à luz da Constituição.²⁹⁸

294. “La sentencia constitutiva forma por si sola, por lo regular, rara vez unida a otros elementos, los requisitos exigidos por la ley para la modificación del derecho” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 22)

295. “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

296. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. A propósito, “as sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187, acrescentamos o texto entre colchetes). Assim, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Sentença constitutiva e volta ao estado anterior”. *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – sessenta anos de existência*. Antonio Cachapuz de Medeiros (org.) Porto Alegre: IARGS, 1986, p. 223-228; ZANETI Jr., Hermes. “A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial”. *Eficácia e coisa julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103-105; PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: s/ed, 1973, p. 139-140; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 3, p. 45.

297. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 503-504.

298. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, cit., p. 503-504.

Em outros termos, “a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a Constituição”.²⁹⁹ Com isso, o Tribunal supre uma omissão legislativa parcial e exerce nítida função criadora de norma – ainda que de caráter complementar e analógico.

Fácil vislumbrar decisões deste viés nos casos em que o ato normativo afronta o princípio da igualdade, por excluir da sua proteção grupo de pessoas que deveria ser por ela abrangido. Necessário, pois, aditar o texto normativo para que a tutela jurídica por ele oferecida alcance todos aqueles que sejam legitimamente dignos do benefício legal. “Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma *na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído* (...) o que a Corte faz, a rigor, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento”.³⁰⁰

Na ADIN n. 2652-6/DF, proposta pela ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores do Estado, revelou-se essa atuação aditiva e criadora do STF, ainda que implicitamente. Sustentou-se, na dita ADIN, a inconstitucionalidade do art. 14, parágrafo único, CPC-1973, por ferir o primado da isonomia ao excluir da incidência da multa ali prevista – imposta a todos que desrespeitem ordens judiciais – os advogados sujeitos exclusivamente aos estatutos da OAB, que seriam, tão-só, os particulares, não abrangendo os públicos – já que também se encontram sujeitos aos estatutos específicos de sua classe. Em 20 de maio de 2003, foi publicada decisão do STF no D.O.U., que julgou procedente a referida ADIN, reconhecendo ser suficiente uma boa interpretação da norma, nestes termos: “O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de texto, emprestar à expressão ‘ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB’, contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003”.

Recomenda-se a leitura do item sobre ação constitutiva, no capítulo sobre teoria da ação, no v. 1 do *Curso*.

299. COELHO, Inocêncio, Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.defensoria.pa.gov.br/documents/novoconst.PA.2.doc>>. Acesso em 30.mai de 2007.

300. COELHO, Inocêncio, Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*, cit. Vide, também, NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-08.pdf. Acesso em: 11 dez de 2007, p. 11.

11.2.4. *Decisões meramente declaratórias*

Consideram-se *meramente declaratórias* as decisões que se restringem a certificar (i) a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica; ou (ii) a autenticidade ou falsidade de um documento (art. 19, CPC).

Como se viu no v. 1 deste *Curso*, as ações meramente declaratórias se caracterizam porque têm por objetivo tão somente obter uma certificação, uma certeza jurídica, um preceito. Elas são cabíveis naquelas situações em que há uma situação de incerteza, de dúvida, e a parte busca no Judiciário uma certificação. Assim, a decisão meramente declaratória pressupõe essa situação de incerteza e tem por objetivo eliminá-la. Daí se dizer que o bem da vida que ela confere àquele que provocou a jurisdição é a certeza jurídica acerca da existência, inexistência ou modo de ser de uma determinada situação jurídica³⁰¹, ou ainda acerca da autenticidade ou falsidade de documento.

Se uma entidade de assistência social, sem fins lucrativos, assim reconhecida por lei, é notificada acerca da existência de processo administrativo de constituição de crédito tributário relativo a imposto incidente sobre o seu patrimônio, pode pleitear judicialmente, fundada na imunidade de que lhe é garantida pelo art. 150, VI, “c”, da CF, a declaração de inexistência de relação jurídica tributária com aquele ente tributante. A notificação para pagamento do tributo gera uma situação de incerteza, pois representa a afirmação, pelo Fisco, da *existência* de uma relação jurídica tributária, enquanto que o não-pagamento pela entidade beneficente se funda na *inexistência* dessa mesma relação. Vê-se, pois, que há uma dúvida objetiva e pode-se buscar, com isso, uma certificação judicial acerca da existência ou inexistência dessa relação jurídica.

A decisão que julga procedente uma ação de usucapião também tem natureza declaratória, pois certifica a existência do direito de propriedade do autor em função de ter-se operado a usucapião, fato gerador do direito real. Do mesmo modo, a decisão que declara extinta a obrigação numa ação de consignação em pagamento, ou ainda aquela que, nessa mesma ação, certifica a existência de saldo a ser pago ao credor.

Trata-se, como se vê, de decisão que tem por *conteúdo* a própria declaração acerca da existência/inexistência/modo de ser da situação jurídica ou da autenticidade/falsidade do documento. Essa declaração tem por *efeito* trazer uma certeza jurídica.

301. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 13.

A decisão declaratória não se presta, como regra, à declaração da existência ou inexistência de fatos. A resolução das questões de fato se dá *incidenter tantum*, isto é, como pressuposto para a decisão da questão principal, necessariamente uma questão jurídica. A existência ou inexistência de fatos não pode ser objeto de certificação judicial, tampouco se pode falar em coisa julgada material quanto a isso. Somente num caso é que se admite a declaração de existência ou inexistência de fato: quando se tratar de autenticidade ou falsidade de documento (art. 19, II, CPC). Neste caso, e somente neste, a decisão será declaratória e recairá sobre uma questão de fato: a de saber se um documento é, ou não, autêntico.

A principal distinção entre as decisões meramente declaratórias e as decisões que impõem uma prestação está em que, enquanto nestas últimas o magistrado *certifica* a existência de uma situação jurídica ativa (a do credor da prestação) e *determina* ao demandado que cumpra o seu dever, nas declaratórias o conteúdo cinge-se à simples *certificação* da existência de uma situação jurídica. Isso ocorre porque, a princípio, aquele que demanda apenas uma declaração não tem a pretensão de efetivá-la.

Vale lembrar o que já se disse no v. 1 deste *Curso*: mesmo nos casos em que o direito cuja certificação se busca já foi violado, o legislador brasileiro admite haver interesse na pretensão processual à simples declaração da sua existência. Em outras palavras, ainda que o demandante já possa pleitear a *certificação* e a *efetivação* de um direito (porque já violado), é lícito que peça apenas a *certificação*. É o que deflui da leitura do art. 20 do CPC.

De outro lado, a principal diferença entre as decisões meramente declaratórias e as decisões constitutivas está em que, nestas últimas, o reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica é pressuposto para a implantação da situação jurídica nova. Assim, para que uma decisão possa criar uma relação jurídica, deve partir do pressuposto lógico de que essa relação *não existe*; para que uma decisão possa extinguir ou alterar uma relação jurídica, deve partir da premissa de que ela *existe*. A sentença constitutiva *inova*; a sentença meramente declaratória apenas *reconhece* o que já existe ou não.

O que se vê, pois, é que a decisão meramente declaratória é um *minus* em relação às decisões constitutivas e às que impõem uma prestação. É exatamente por isso que se acrescenta ao adjetivo “declaratória” o advérbio “meramente”: uma decisão pode *certificar e determinar* a efetivação (decisão que impõe uma prestação), pode *certificar e alterar* uma situação jurídica (decisão constitutiva) ou pode simplesmente *certificar* (decisão meramente declaratória).

Esse tipo de decisão se caracteriza por ter eficácia retroativa (*ex tunc*), mas é possível ao legislador, ao menos teoricamente, em situações que entender pertinentes, restringir essa eficácia.

Recomenda-se a leitura do item sobre ação declaratória, no capítulo sobre teoria da ação, no v. 1 do *Curso*.

12. EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

12.1. Eficácia principal

Dizem-se *principais* os efeitos que decorrem diretamente do conteúdo da decisão e dizem respeito à situação jurídica controvertida: a possibilidade de tomada de providências executivas, no caso das decisões que impõem uma prestação; a situação jurídica nova, no caso das decisões constitutivas; a certeza jurídica, no caso das decisões declaratórias.

Sobre esses efeitos, ver item anterior.

12.2. Eficácia reflexa

A sentença, encarada como ato decisório, além dos efeitos principais, já examinados, relacionados à situação jurídica litigiosa, produz, muita vez, efeitos também sobre relação jurídica estranha ao processo, mas que mantém um vínculo de conexão jurídica com a relação discutida. Trata-se da chamada *eficácia reflexa da sentença*.³⁰²

A sentença em uma ação reivindicatória repercute na relação jurídica entre o réu-adquirente e o terceiro de quem ele adquiriu o bem, conferindo ao primeiro os direitos que da evicção lhe resultam (arts. 457 e segs. do Código Civil). A sentença de *despejo*, ao resolver o contrato de locação, desfaz, conseqüentemente, a relação de sublocação, que é conexa à relação locatícia que foi discutida.

Francesco Carnelutti explica longamente os fundamentos da *eficácia reflexa das decisões*: “as relações jurídicas singulares não vivem isoladamente e sim que coexistem umas com as outras, e essa coexistência dá lugar a relações múltiplas de interferência ou de interdependência: por exemplo, a fiança está ligada à dívida principal; a propriedade do sucessor o está à propriedade do autor; o direito do credor sobre os bens do devedor o está aos direitos que ao devedor correspondam sobre os mesmos bens etc. É natural que a constituição, a modificação ou, geralmente, a declaração de uma relação

302. Considerando a *eficácia reflexa* como um efeito do ato decisório *sentença*, CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 565; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 54.

singular tenham *repercussão* em seus efeitos sobre as outras que guardem conexão com ela”.³⁰³

O processualista italiano ainda ensina: a eficácia reflexa da sentença não é uma exclusividade da decisão judicial como ato jurídico. Todos os fatos jurídicos podem ter essa eficácia reflexa. Acontece, por exemplo, com o negócio jurídico, que, não obstante vincule normalmente apenas os sujeitos que dele participaram, também pode repercutir reflexamente em terceiro: “...que o devedor principal obtenha do credor a remissão, que o contrato de compra do autor seja válido ou nulo, que o devedor venda a alto ou baixo preço seus bens, favorece ou prejudica ao fiador, ao sucessor, ao credor (e quanto!). Aí não medeia um milímetro de diferença entre o que acontece então e o que se sucede a propósito da coisa julgada”.³⁰⁴

É importante percebê-lo, pois algumas intervenções de terceiro têm como fundamento para a sua existência exatamente a possibilidade de ocorrência desta eficácia reflexa em relação jurídica de que o terceiro faz parte. É o que acontece com a denúncia da lide e a assistência, por exemplo.

Em algumas situações excepcionais, a lei, levando em consideração essa possível eficácia reflexa, já impõe a intimação do terceiro para ter conhecimento do processo e, assim, tomar as providências que reputar necessárias. Veja alguns exemplos: a) na ação de responsabilidade civil proposta contra o segurado, esse deverá obrigatoriamente comunicar à seguradora a pendência do processo (§ 3º do art. 787 do Código Civil³⁰⁵); b) intimação do sublocatário na ação de despejo, obrigatória conforme o § 2º do art. 59 da Lei n. 8.245/1991³⁰⁶.

12.3. Eficácia anexa (eficácia de fato)

12.3.1. Generalidades

Dizem-se *anexas*, ou secundários, os efeitos que uma norma jurídica (lei ou negócio jurídico, por exemplo) anexa à decisão judicial; isto é, não são consequências do conteúdo da decisão, mas de uma específica determinação normativa estranha à sentença.

303. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classibook, 2000, v. 1, p. 437.

304. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classibook, 2000, v. 1, p. 438.

305. “§ 3º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador”.

306. “Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes.”

Esta norma toma a sentença como um fato da vida e anexa a ela efeitos que, se dependesse do seu conteúdo, a decisão não os produziria. Esses efeitos independem de pedido da parte, da manifestação do juiz ou do conteúdo da decisão. São efeitos indiretos e automáticos que resultam do *fato* de a decisão existir³⁰⁷. A decisão, neste caso, é tratada como se fosse um *fato*, cujos efeitos independem da vontade, e não um *ato voluntário*, cujos efeitos jurídicos são determinados pela vontade de quem os pratica. É, pois, encarada como um ato-fato: ato humano tratado pelo Direito como se fosse um fato.

São exemplos de efeitos anexos: (i) a perempção, que é gerada pela terceira sentença de extinção sem resolução de mérito por abandono unilateral (art. 486, § 3º, do CPC); (ii) a separação de corpos, que é gerada pela sentença que decreta o divórcio; (iii) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença que extingue a execução provisória (art. 520, I, CPC); (iv) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito dos provimentos baseados no art. 302 do CPC; (v) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado (arts. 515, VI, CPC e 91, I, CP); esse direito pode ser exercido pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63, CPP)³⁰⁸; (vi) efeito anexo tributário da sentença, naquilo que diz respeito às custas processuais, eventualmente não recolhidas³⁰⁹; (vii) a devolução de imóvel cujo direito real de uso fora concedido pelo Poder Público ao particular, que é efeito da decisão que rescinde o contrato de concessão por descumprimento³¹⁰; (viii) o direito a honorários de êxito, no caso de uma cláusula contratual prever pagamento adicional no caso de vitória de uma das partes – note que, aqui, temos um efeito anexo por previsão negocial.

A prolação de um provimento judicial é, por si só, um fato da vida, tanto que a superveniência de uma decisão judicial é considerado como um *fato novo*, apto a influenciar no conteúdo do julgamento de um outro processo, nos termos do art. 493 do CPC. Eis o que diz o Informativo n. 509 do STJ, de 5.12.2012: “O provimento judicial que

307. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 454.

308. ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*, 3 ed., cit., p. 35-36.

309. CALAMANDREI, Piero. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, p. 274-275; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 52. Exatamente em razão desse efeito anexo da sentença, é que o art. 12 da Lei 11.636/2007 (que cuida do regime de custas perante o STJ) assim estabelece: “Extinto o processo, se a parte responsável pelo pagamento das custas ou porte de remessa e retorno, devidamente intimada, não o fizer dentro de 15 (quinze) dias, o responsável pela unidade administrativa competente do órgão julgador a que estiver afeto o processo encaminhará os elementos necessários ao relator e este à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para sua inscrição como dívida ativa da União.

310. STJ, REsp 1186181/MS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 05.06.2012, DJe 06.12.2013.

altera, modifica ou extingue direito pode ser considerado como fato superveniente a que se refere o art. 462 do CPC. Apesar de algumas decisões terem efeitos apenas dentro do processo (endoprocessual), esses provimentos judiciais podem ser considerados como fatos supervenientes capazes de alterar, modificar ou extinguir direito discutido em outro feito, devendo ser considerados nos termos do art. 462 do CPC, a fim de impedir a coexistência de duas decisões inconciliáveis. REsp 1.074.838-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/10/2012". Lembramos que o art. 462 do CPC-1973 corresponde ao art. 493 do CPC atual.

Há, ainda, outro importante efeito anexo que pode decorrer de uma decisão judicial: a hipoteca judiciária. Sobre o tema, ver o próximo item.

Pontes de Miranda oferece interessante lição para distinguir a *eficácia anexa* da *eficácia reflexa da sentença*: "No fundo, a diferença entre os efeitos anexos e os reflexos – que chamaríamos conexos, se a palavra 'conexão' não tivesse sentido mais técnico e menos comum – está em que a lei, quanto àqueles, intencionalmente os cria, ocorrendo certas circunstâncias relativas aos bens da vida, e, quanto a esses, é a vida que os cria devido à entremistura das incidências da lei. A *nexidade* é comum àqueles e a esses: ali, propositada; aqui, ocasional".³¹¹

12.3.2. Hipoteca judiciária

A hipoteca é direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio do qual um bem³¹² pertencente ao devedor passa a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária; esse bem pode ser alienado para que o credor satisfaça o seu direito de crédito com o valor obtido com a alienação. A hipoteca pode ser: *a*) convencional, quando nasce da vontade das partes; *b*) legal, quando decorre da lei (art. 1.489, Código Civil); e *c*) judiciária, quando decorre de decisão judicial; "todas, independentemente do móvel de sua constituição, têm por escopo fazer dos bens do devedor a garantia do credor"³¹³.

A hipoteca judiciária está prevista no art. 495 do CPC e no art. 167, I, 2, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973).

Trata-se de efeito anexo da sentença que impõe obrigação de pagar quantia e se revela como medida extremamente eficaz para assegurar/garantir o resultado útil

311. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 54.

312. Art. 1.473 do Código Civil: "Podem ser objeto de hipoteca: I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II – o domínio direto; III – o domínio útil; IV – as estradas de ferro; V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI – os navios; VII – as aeronaves".

313. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 135.

de futura execução desse tipo de decisão judicial, embora “razões desconhecidas fazem com que esse instituto tenha pouquíssima aplicação prática”³¹⁴. Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução (art. 792, III, CPC), autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de sequela) e dar-lhe o direito de preferência na execução do bem.

Como se vê, o art. 495 do CPC apenas prevê a hipoteca judiciária como um efeito anexo da sentença que impõe prestação consistente em *dinheiro*, seja a condenatória ao pagamento de quantia, seja a decisão que determinar a conversão de prestação de fazer, de não-fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária³¹⁵.

A execução das obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa pode ser convertida em execução por quantia, seja por requerimento do credor, seja por impossibilidade material de seu cumprimento na forma específica (art. 499, CPC). Nesses casos, cabe a hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que resolver o incidente de liquidação, que necessariamente vai ter que ser instaurado para apuração das perdas e danos.

Em outras palavras, a decisão que impõe fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro *não gera* a hipoteca judiciária. Entretanto, se a obrigação imposta for convertida em perdas e danos, a decisão que, encerrando o incidente de liquidação, certificar o montante a ser pago (*quantum debeatur*) impõe obrigação de pagar *quantia*. Sendo assim, por determinação do art. 495 do CPC, essa decisão é apta à constituição da hipoteca judiciária.

Não é possível a constituição de hipoteca judiciária com base em decisão que não imponha o pagamento de quantia; mas é possível a constituição da hipoteca judiciária nos casos de conversão de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa em obrigação pecuniária. A hipoteca judiciária serve como instrumento para efetivar a execução por quantia certa, enfim.

O CPC resolveu, assim, discussão que existia ao tempo do CPC-1973, que mencionava a possibilidade de hipoteca judiciária nos casos de sentença condenatória para a entrega de coisa distinta de dinheiro, embora isso fosse bastante questionável doutrinariamente. Havia quem, como Moniz de Aragão, defendesse a possibilidade de hipoteca judiciária também nos casos de sentença que impusesse obrigação de fazer e de não fazer³¹⁶.

314. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 179.

315. Há quem defenda a hipoteca judiciária como efeito também da decisão que homologa transação da qual decorre obrigação pecuniária (MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o projeto do novo Código de Processo Civil*, gentilmente cedido pelos autores, p. 15).

316. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 175. Nesse mesmo sentido, Carvalho Santos: “Pode ainda dizer respeito a qualquer outra obrigação, que se resolva em ressarcimento de perdas e danos, pouco importando que essa obrigação seja de dar, fazer ou não fazer, de vez que, mesmo as obrigações de

Com o sistema que garante a primazia da tutela específica das obrigações de entrega de coisa, fazer e não fazer (arts. 497-501), a hipoteca judiciária, nesses casos, acabaria por tornar-se excessiva ou pouco efetiva, tendo em vista que o juiz pode valer de meios executivos atípicos para a obtenção da tutela específica de tais obrigações (art. 536, §1º, CPC). A opção restritiva do atual CPC é correta e está em consonância com o sistema do processo civil brasileiro.

O enunciado n. 310 do Fórum Permanente de Processualistas Civis diz que “não é título constitutivo de hipoteca judiciária a decisão judicial que condena à entrega de coisa distinta de dinheiro”.

Embora o art. 495 do CPC fale apenas na hipoteca como efeito da sentença que condena o réu ao pagamento de quantia, deve-se entender que a referência feita ao “réu” equivale a “vencido”. Assim, é admissível que o réu, sagrando-se vencedor na demanda, promova a constrição hipotecária dos bens do autor, vencido, para garantir o pagamento de eventual condenação à restituição de despesas e ao pagamento de honorários de sucumbência³¹⁷. Aliás, como os honorários de sucumbência configuram direito autônomo do advogado, também é possível que ele promova a constrição dos bens do devedor, seja autor ou réu, para garantir futura execução que venha ajuizar.

Por se tratar, a hipoteca judiciária, de *efeito anexo* da sentença, é desnecessário que (i) a parte a tenha requerido, (ii) haja expressa menção, no corpo da decisão, à hipoteca judiciária (art. 495, §2º, CPC), (iii) haja decisão propriamente dita, posterior à sentença, que a ordene (art. 495, §2º, CPC)³¹⁸; (iv) seja demonstrada a urgência para a sua constituição (art. 495, §2º, CPC). A partir da sentença ela já pode ser efetivada. O “fato gerador” da hipoteca judiciária não é o pedido da parte ou a decisão do juiz: é a existência fática da sentença que imponha obrigação de pagar quantia.

Assim, proferida e publicada a decisão, a hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante a apresentação de cópia da sentença ao cartório de registro imobiliário (art. 495, §2º, CPC). No prazo de até quinze dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato (art. 495, §3º, CPC). Não há necessidade de intervenção do juiz para a efetivação da hipoteca judiciária, mas ele poderá, obviamente, exercer o controle da validade do ato: eventual constituição indevida (sobre bem de terceiro, p. ex.) poderá ser invalidada pelo juiz.

não fazer podem se resolver em perdas e danos” (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. X, p. 396).

317. ARAÇÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 178.

318. JUSTEN FILHO, Marçal, TALAMINI, Eduardo, MOREIRA, Egon Bockmann. “Sobre a hipoteca judiciária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 85, p. 122. No mesmo sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 136-137.

A hipoteca judiciária pode ser efetivada ainda que a condenação contida na sentença seja genérica (ilíquida) e careça de posterior liquidação (art. 495, §1º, I, CPC). Deve ser efetivada também ainda que o credor possa promover execução provisória ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor (o bem hipotecável ou outro bem tenha sido arrestado em garantia do mesmo crédito – art. 495, §1º, II, CPC); nesse último caso, o excesso de garantia pode autorizar a retirada de alguma das restrições, de modo a proteger o executado contra uma execução abusiva (art. 805, CPC).

Nada impede que a hipoteca judiciária seja efetivada com base em decisão que concede tutela provisória³¹⁹. Isso pode acontecer de duas formas:

(i) nos casos em que o juiz concede tutela antecipada para pagamento de quantia, caso em que a hipoteca judiciária será um efeito anexo dessa decisão – perceba que o art. 495 do CPC não trata a hipoteca judiciária como efeito de uma decisão definitiva; diz apenas que é efeito das decisões condenatórias de conteúdo pecuniário, abrangendo tanto as decisões definitivas como as provisórias;

(ii) tendo a parte formulado pedido condenatório de conteúdo pecuniário, e considerando que a hipoteca judiciária é um efeito anexo da decisão que eventualmente o acolha, nada impede que o juiz defira, no curso do procedimento, a antecipação deste específico efeito; seria uma decisão antecipatória da própria hipoteca judiciária, *sem* que houvesse ainda uma decisão condenatória de conteúdo pecuniário.

Marçal Justen Filho, Eduardo Talamini e Egon Bockmann Moreira defendiam, ainda sob a égide do CPC-1973, a possibilidade de que a hipoteca judiciária fosse efetivada independentemente da interposição de recurso contra a sentença e ainda que a esse recurso se tivesse atribuído efeito suspensivo³²⁰. O entendimento foi consagrado no inciso III do §1º do art. 495 do CPC: cabe a hipoteca judiciária mesmo que a decisão seja impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos (art. 495, §5º, CPC) Caso de responsabilidade processual objetiva, como se vê.

Se a reforma ou invalidação forem parciais, e desde que ainda subsista capítulo que imponha pagamento de quantia, a hipoteca prevalece. Em caso de reforma total, a hipoteca, que era efeito da sentença reformada, deixa de existir, porque a decisão do tribunal

319. Perceberam o ponto MAZZEI, Rodrigo; SERPA, Lucas Fernando Dummer. *Hipoteca judiciária: breves noções e sua nova roupagem segundo o projeto do novo Código de Processo Civil*. Complementar referência, p. 15.

320. JUSTEN FILHO, Marçal, TALAMINI, Eduardo, MOREIRA, Egon Bockmann. “Sobre a hipoteca judiciária”. *Revista de Processo*, cit., p. 123.

substitui a própria sentença (é o chamado efeito substitutivo, previsto no art. 1.008, CPC). Sucede que, se a decisão do tribunal for atacada por recurso *com* efeito suspensivo, ficarão sobrestados todos os seus efeitos, inclusive o efeito substitutivo. Nesse caso, mantém-se, até ulterior deliberação do recurso, a hipoteca judiciária. Se o recurso, porém, não tiver efeito suspensivo, ocorre a substituição da sentença pela decisão do tribunal e, como se disse, desconstitui-se a hipoteca³²¹.

A hipoteca judiciária confere direito de seqüela e direito de preferência (art. 495, §4º, CPC). O CPC disciplina expressamente o assunto, resolvendo omissão legislativa do CPC-1973. Foi uma homenagem à coerência do sistema, pois o art. 1.422 do Código Civil já determinava que “o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro”, ressalvada, naturalmente, a preferência instituída por leis específicas a outros créditos (art. 1.422, p. único, Código Civil). A preferência observará a prioridade no registro, como de regra (art. 495, §4º, *fine*, CPC).

12.4. Eficácia probatória

Já foi visto que a decisão judicial possui uma eficácia como *ato* decisório (principal ou reflexa) e como *ato-fato* (eficácia anexa). Fala-se, também, ainda, em uma eficácia da sentença como *fonte de prova*.

De fato, a sentença é um *documento público*. Nesta acepção, serve como fonte de prova da própria existência (prova do próprio ato decisório), bem como dos fatos processuais presenciados pelo órgão julgador e na sentença referidos como premissas da sua conclusão³²². Prova, por exemplo, a colheita de um determinado testemunho, a realização de uma audiência etc.

Trata-se de efeito relevante, notadamente se houver necessidade de *restaurar os autos* do processo (arts. 712-718, CPC), eventualmente extraviados. Por vezes, a prova da *existência* de uma *sentença* é relevante para uma determinada relação jurídica, sendo, por exemplo, uma condição a que se subordinou certo negócio jurídico³²³.

321. Nesse sentido, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 186.

322. CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 563; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 80.

323. Ao cuidar da eficácia probatória da sentença estrangeira não homologada, Barbosa Moreira afirma que “é concebível que se torne necessário, em processo instaurado perante a Justiça brasileira, provar o *próprio fato* da prolação de uma sentença, pela Justiça de outro Estado, sobre determinada matéria, v.g. se esse evento foi previsto como condição suspensiva ou resolutiva em certo ato jurídico, e o juiz nacional tem de verificar se ocorreu o implemento da condição”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 79.)

Aplica-se, aqui, o art. 403 do CPC: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”.

A decisão também serve de prova do juízo que o órgão jurisdicional fez dos fatos da causa (*thema probandum*): prova que as alegações de fato foram valoradas no sentido em que aparecem na decisão. Ou seja: a sentença prova o juízo de fato do magistrado, visto nesta perspectiva como um “fato processual”³²⁴.

A decisão judicial, porém, não serve como prova dos fatos examinados pelo órgão jurisdicional. A sentença prova que o órgão jurisdicional *examinou* as alegações de fato em um determinado sentido; não prova, porém, que os fatos realmente aconteceram como dito pelo juiz³²⁵. Não se pode utilizar uma decisão judicial, em outro processo, para a prova dos fatos enunciados pelo magistrado como premissa de sua decisão; pode ser utilizada, porém, para provar que aquele magistrado compreendeu a verdade histórica de uma determinada maneira e, neste sentido, será compreendida como um *indício* – prova indireta da ocorrência do fato –, que levaria a uma presunção judicial da ocorrência do fato enunciado na sentença anterior³²⁶.

Importante aplicação prática dessa lição ocorre com a sentença de interdição, que não serve como *prova legal* do fato “alienação mental”, que, nela reconhecido, autorizou a perda da capacidade de exercício do interditando. A sentença de interdição poderá ser utilizada como indício na ação em que se pretenda anular ato jurídico firmado pelo interditado em período anterior ao da interdição³²⁷.

13. DECISÃO DETERMINATIVA

A denominação “sentença determinativa” é utilizada na doutrina brasileira em diversos sentidos³²⁸:

324. CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”, cit., p. 563.

325. “(...) tale efficacia probatoria deve essere in generale negata alla sentenza civile: (...) ad essa non possa mai riconoscersi il carattere di una prova *legale* dei fatti enunciati nelle sue premesse...” (CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”, cit., p. 577.) Em outro trecho de seu ensaio, o autor italiano afirma: “la sentenza ...documenta l’esistenza dei giudizi di fatto, ma non l’esistenza dei fatti a cui questi giudizi se riferiscono!” (“La sentenza civile como mezzo di prova”, cit., p. 573)

326. “A eficácia probatória da sentença basear-se-ia no conhecido esquema lógico do raciocínio presuntivo: do fato conhecido, consistente na existência de uma sentença que, em sua motivação, afirma verdadeiros certos fatos, o juiz de um outro processo estaria autorizado a reputá-los verídicos em realidade (fato ignorado), em obséquio à máxima da experiência segundo a qual é provável que os juízos de fato contidos em uma sentença transitada em julgado correspondam à verdade” (CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”, cit., p. 573, tradução livre.)

327. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 188-189.

328. Sistematização feita por LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. “A sentença determinativa re-conhecida”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 150.

a) para designar a decisão que regula uma relação jurídica de trato continuado, como a que fixa ou revisa alimentos, que encerra a cláusula *rebus sic stantibus* (art. 505, I, CPC);

b) para designar a decisão em que o magistrado interfere no conteúdo de uma relação jurídica negocial na qual se estabeleceram prestações desproporcionais ou que assim se tornaram em virtude de fato superveniente e imprevisível; diz-se que aí o juiz simplesmente integra o contrato, criando novas circunstâncias contratuais, como ocorre na ação revisional fundada em onerosidade excessiva³²⁹;

c) para designar a decisão que vem integrar a norma jurídica abstrata nos casos em que o texto normativo não define completamente seus elementos – como os casos de enunciados que contêm conceitos jurídicos indeterminados ou são cláusulas gerais –, ou quando a lei não define precisamente as suas consequências – como a que autoriza o julgamento com base em equidade³³⁰⁻³³¹.

Alessandro Raselli afirma que a noção de sentença determinativa compreende todas as situações em que o juiz exercita um poder discricionário. A avaliação feita pelo juiz neste tipo de sentença diferencia-se daquela feita para aplicar ao caso concreto uma norma completa em todos os seus elementos (determinação da *fattispecie*).³³² Segundo Raselli, o juiz pode exercitar um poder discricionário apenas quando está diante de um texto legal que não determina completamente a disciplina do caso concreto, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo magistrado, estabelecendo, caso a caso, qual é a solução mais oportuna para harmonizar os interesses em conflito. Assim, mesmo quando exercita um poder discricionário, o juiz sempre aplica uma norma legal, que lhe confere o poder e determina os seus limites, os casos e as formas de exercício.³³³

Parece mais adequado restringir a designação apenas a esse último caso.

Paulo Cezar Aragão complementa afirmando que as decisões determinativas representam a manifestação “de uma atividade jurisdicional que se não limita, no conceito clássico, a formular a vontade da lei aplicável ao caso específico, como habitualmente sucede, mas chega a estabelecer o próprio conteúdo de uma regra jurídica que não define completamente a *fattispecie* sobre a qual incide nem as

329. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 725.

330. GONÇALVES, Graziela Marisa. “As sentenças determinativas e o juiz”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 94; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed., v. 3, cit., p. 215.

331. Sobre as cláusulas gerais, ver o capítulo introdutório no v. 1 deste *Curso*.

332. RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 371. Nesta linha, também, MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 536-537.

333. RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, cit., p. 375.

consequências dessa incidência, mediante prévia autorização de uma norma instrumental, bem entendido, mas com a liberdade necessária para adaptar o comando judicial às particularidades da hipótese decidida”.³³⁴

A importância do estudo desse tipo de decisão vem-se mostrando cada vez mais acentuada em função da opção do legislador contemporâneo em lançar mão de *cláusulas gerais*³³⁵ nos textos normativos mais recentes – como ocorre, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o próprio CPC, como visto no capítulo introdutório do v. 1 deste *Curso* e também no item sobre fundamentação –, o que confere ainda mais poder (e responsabilidade) para que o julgador, preenchendo o conteúdo da hipótese normativa à luz da situação concreta, decida com a justiça³³⁶. Em razão do poder que se concede ao juiz, ressalta-se ainda mais a importância da justificação do seu convencimento, o que o obriga a ter cuidado redobrado com a fundamentação das decisões determinativas.

Deve-se advertir, no entanto, que decisão determinativa não é *mais um tipo* de decisão judicial, além das já indicadas decisões que impõem prestação, constitutivas e declaratórias. Nada têm de peculiar quanto ao conteúdo do preceito que estabelecem³³⁷. São determinativas pelo *fundamento* em que se baseiam: a integração de norma jurídica que não define completamente a disciplina do caso concreto, exigindo uma atividade criadora e discricionária do juiz.

São bons exemplos as sentenças em jurisdição voluntária (art. 723, p. ún., CPC) e a sentença que desempata litígio societário, no caso do § 2º do art. 1.010 do Código Civil³³⁸.

14. PUBLICAÇÃO, RETRATAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA DECISÃO

O art. 494 do CPC estabelece que a publicação da decisão impede a alteração do seu conteúdo pelo magistrado que a proferiu.

334. ARAGÃO, Paulo Cezar. “Reflexões sobre as sentenças determinativas”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1976, abril-junho, n. 2, p. 159-160.

335. Sobre essa tendência, ver o capítulo introdutório no v.1 deste *Curso*.

336. “A existência de dispositivos legais que permitem ao julgador atentar-se às particularidades do caso concreto e decidir conforme a justiça e a equidade vai ao encontro da evolução da sociedade. Como a complexidade das relações sociais, é impossível ao legislador prever todas as situações para enquadrá-las no direito positivo, bem como delimitar suas consequências” (GONÇALVES, Graziela Marisa. “As sentenças determinativas e o juiz”, cit., p. 100).

337. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed., v. 3, cit., p. 215.

338. Art. 1.010 do Código Civil: “Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. § 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital. § 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz”.

Se a decisão foi proferida em audiência ou em sessão do órgão colegiado (no caso do acórdão), considerar-se-á publicada na própria audiência ou sessão (com a proclamação do resultado pelo presidente do órgão colegiado, na forma do art. 941 do CPC); se proferida em gabinete, considerar-se-á publicada assim que for juntada aos autos pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria.

Não se pode confundir a *publicação* a que se refere o *caput* do art. 494 do CPC com a sua intimação por meio de publicação na imprensa oficial. Publicar a sentença, conforme o art. 494 do CPC, é torná-la pública, o que ocorre quando ela é proferida em audiência/sessão ou quando é juntada aos autos³³⁹. O prazo de recurso, porém, somente começará a fluir a partir do momento em que as partes dela forem intimadas (art. 1.003, CPC). Desde o momento em que a decisão foi publicada, isto é, foi tornada pública, já não mais é possível ao órgão julgador alterá-la.

Situações há, porém, em que se admite a alteração da sentença, mesmo após ela ter-se tornado pública. Eis alguns exemplos: (a) quando o magistrado constata a existência de erro materiais ou erro de cálculo (art. 494, I, CPC); (b) quando acolhe embargos de declaração (art. 494, II, CPC); ou (c) quando se retrata em face apelação contra decisão que extingue o processo sem exame do mérito ou julga liminarmente improcedente o pedido (arts. 485, §7º, e 332, § 3º, ambos do CPC) e nos casos de apelação contra sentença proferida em causas do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 198, VII, Lei n. 8.069/1990).

O termo *sentença*, para fim de aplicação do art. 494, deve ser compreendido como decisão *final*. Isso significa que o dispositivo também se aplica às decisões interlocutórias de mérito.

Além disso, há outros recursos, interpostos contra decisões finais, que admitem retratação: agravo de instrumento (cabível contra as interlocutórias de mérito), agravo interno (cabível contra decisão de relator, art. 1.021, §2º, CPC) e os recursos extraordinários (art. 1.040, II, CPC).

As situações contidas na letra “c” são examinadas no v. 3 deste *Curso*, no capítulo sobre a teoria dos recursos. A situação prevista em “b” decorre do fato de os embargos de declaração serem um recurso dirigido ao próprio órgão prolator da decisão impugnada e que têm por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição, erro material ou omissão constatados no pronunciamento. O seu acolhimento, portanto, enseja, necessariamente, alteração ou integração (no caso da omissão) do julgado³⁴⁰.

339. Mas “a mera juntada de decisão aos autos eletrônicos não necessariamente lhe confere publicidade em relação a terceiros” (Enunciado n. 263 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

340. Ver o capítulo relativo aos embargos de declaração, no v. 3 deste *Curso*.

Quanto à situação “a”, consideram-se *erros materiais* aqueles equívocos manifestos observados na forma de expressão do julgamento – jamais, no seu conteúdo. Dentre eles, há os enganos nos cálculos, na digitação da decisão, na referência às partes e ao número dos autos. O art. 656 do CPC e o art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997 (inserido pela MP n. 2.180-35/2001)³⁴¹⁻³⁴² contêm disposição de mesma natureza. Esses erros podem ser corrigidos de ofício ou a requerimento – e ainda podem dar ensejo a embargos de declaração (art. 1.022, III, CPC).

A princípio, parece que o dispositivo em comento visa superar mera preclusão consumativa – permitindo modificação da decisão judicial, mesmo depois de sua publicação. Mas a sua dicção permite uma interpretação mais abrangente, para concluir-se que o enunciado normativo visa superar, até mesmo, a coisa julgada. Autoriza a correção da decisão judicial inquinada por lapsos materiais, mesmo depois de acobertada pela coisa julgada material³⁴³.

Segundo Talamini, “reconhece-se amplamente a possibilidade de o erro material ser corrigido de ofício pelo próprio tribunal, na fase recursal; no processo de liquidação ou de execução, pelo órgão que conduz tal processo, mesmo que a sentença não tenha sido proferida por ele; ou mesmo em outro momento. (...) Por exemplo, ao tempo da ‘liquidação por cálculo do contador’, considerava-se haver erro material no ato do juiz que homologava conta manifestamente incorreta”. O autor cita, ainda, casos em que a simples interpretação razoável da decisão, desconsiderando-se o erro material, basta³⁴⁴ – p. ex., se o juiz, a despeito de ter reconhecido ausência de pressuposto processual de validade insanável, conclui com extinção do processo com exame do mérito, basta que o tribunal interprete que quis ele dizer que extinguiu o processo sem exame do mérito.

341. Art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997: “São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor”.

342. Mas é preciso entender que o erro de cálculo que se pode corrigir com base no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997 não abrange o *critério de cálculo*: “O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que o erro que pode ser corrigido pelo Presidente do Tribunal, ao determinar a expedição do precatório judicial, é o material, simples erro de cálculo (aritmético), não podendo ser conferida a mesma possibilidade ao erro no critério de cálculo, do qual fazem parte, por exemplo, o termo inicial da correção monetária e o percentual dos juros de mora, sob pena de ofender a coisa julgada. [...] É firme na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da impossibilidade de se alterar critério de cálculo após o trânsito em julgado da sentença que homologa os cálculos apresentados pelo credor, sob pena de ofensa à coisa julgada” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1180482/MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 27.06.2014)

343. Trata-se de entendimento esposado maciçamente pela doutrina. Por exemplo: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 436; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, cit., p. 525.

344. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, cit., p. 526.

Precedente judicial

Sumário • 1. Noções fundamentais: 1.1. Decisão, precedente e *ratio decidendi* (ou *holding*); 1.2. *Obiter dictum* (ou *dictum*); 1.3. Identificação da *ratio decidendi* (ou *holding*); 1.4. Espécies de decisão e precedente: 1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente; 1.4.2. Decisão que homologa auto-composição e precedente – 2. A norma do precedente – 3. Eficácia jurídica do precedente: 3.1. Precedente como ato-fato jurídico; 3.2. Efeitos dos precedentes: 3.2.1. Generalidades; 3.2.2. Precedente com eficácia vinculante/obrigatória; 3.2.3. Precedente com eficácia persuasiva; 3.2.4. Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões; 3.2.5. Precedente com eficácia autorizante; 3.2.6. Precedente com eficácia rescindente ou deseficazante; 3.2.7. Precedente que permite revisão de coisa julgada; 3.3. Precedentes obrigatórios no direito brasileiro: 3.3.1. Generalidades; 3.3.2. Classificação pelo procedimento de formação: 3.3.2.1. Precedentes oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal; 3.3.2.2. Precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula; 3.3.2.3. Precedentes produzidos por incidente em julgamento de tribunal: casos repetitivos e assunção de competência. O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios; 3.3.2.4. Precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial; 3.4. Reconstruindo algumas normas jurídicas fundamentais (princípios e regras) à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro: 3.4.1. Princípio da legalidade; 3.4.2. Princípio da igualdade; 3.4.3. Princípio da segurança jurídica; 3.4.4. Regra da motivação das decisões judiciais; 3.4.5. Princípio do contraditório; 3.5. Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção – 4. Deveres gerais dos tribunais relacionados ao sistema de precedentes judiciais: 4.1. Generalidades; 4.2. Dever de uniformização da jurisprudência; 4.3. Dever de manter a jurisprudência estável; 4.4. Dever de dar publicidade aos precedentes; 4.5. Dever de coerência e dever de integridade: 4.5.1. Premissas; 4.5.2. Dever de coerência: 4.5.2.1. Generalidades; 4.5.2.2. Alguns critérios para aferição da coerência: 4.5.2.2.1. Conformidade com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica; 4.5.2.2.2. Recondução a uma mesma norma superior; 4.5.2.2.3. Conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão; 4.5.3. Dever de integridade – 5. A dinâmica do precedente: 5.1. Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado; 5.2. Técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinguishing*; 5.3. Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*: 5.3.1. Generalidades; 5.3.2. *Overruling* difuso e *overruling* concentrado; 5.3.3. Fundamentação do *overruling*; 5.3.4. Eficácia temporal da revogação do precedente; 5.3.5. Modulação de efeitos da superação do precedente. O *signaling*; 5.3.6. *Anticipatory overruling*; 5.3.7. *Overriding* – 6. A “súmula vinculante”.

1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. Decisão, precedente e *ratio decidendi* (ou *holding*)

Em sentido lato, o *precedente* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

De acordo com Cruz e Tucci, “todo precedente é composto de duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.¹ Além desses dois elementos, compõe o precedente, também, a argumentação

1. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 12.

jurídica. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do *precedente*, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente.

Na verdade, em sentido estrito, o *precedente* pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*².

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding*³ – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”⁴.

É importante assentar o seguinte: ao decidir um caso, o magistrado cria (re-constroi), necessariamente, *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.

Um exemplo pode vir a calhar.

O art. 700 do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência.

Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o julgador termina por criar uma norma que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que

2. MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 92-93. Mas o autor ressalta que, tecnicamente, o precedente: “Em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo “norma do precedente”, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial”.

3. São expressões sinônimas, sendo que a primeira (*ratio decidendi*) é mais utilizada entre os ingleses; a segunda (*holding*), entre os norte-americanos (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182).

4. TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 175.

fala o art. 700 do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela decorre da fundamentação do julgado⁵, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo.

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. *Geral* porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída.

Por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do *precedente*: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

Além dessa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo tão somente reger a situação em exame naquele processo. Trata-se da conclusão a que chega acerca da procedência ou improcedência da demanda (ou das demandas) formulada no processo. Esta norma jurídica tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada⁶.

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações.

Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo, é causa de *inexistência* da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*) é causa tão-só de nulidade da decisão – que, a rigor, *existe*, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição

5. A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 221).

6. “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611, grifo acrescido).

da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação torna difícil ou impossível identificar a *ratio decidendi* e, por isso, permite a invalidação do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.

Em terceiro lugar, é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a *dois discursos*: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele⁷.

A decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo.

1.2. *Obiter dictum* (ou *dictum*)

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundário, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”⁸).

Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (“by the way”)⁹, mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.

7. MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.

8. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169.

9. “Traditionally, everything other than the statements of the facts and the statement of the holding is an *obiter dictum* – literally, in Latin, something said in passing, or something said by the way. It is something extra, and something that is not strictly necessary to reach, justify, or explain the outcome of the case. Commonly, shortened to ‘dicta’, these unnecessary statements are often a court’s observations about issues not actually before it, or conclusions about matters unnecessary to the outcome the court actually reached, or wide-ranging explanations of an entire body of law, or simply largely irrelevant asides” (Tradução livre: “Tradicionalmente, tudo que não consistir em declarações de fatos e na declaração da *holding* é um *obiter dictum* - literalmente, em latim, algo dito de passagem, ou algo dito incidentalmente. É algo a mais, algo que não é estritamente necessário para atingir, justificar ou explicar o desfecho do caso. Comumente, abreviadas em ‘dicta’, estas declarações são muitas vezes observações dispensáveis de um tribunal sobre questões não verdadeiramente anteriores a ele, ou conclusões sobre questões desnecessárias para o desfecho que o tribunal realmente

Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra jurídica que não compuser a *ratio decidendi*⁹.

Alguns bons exemplos podem ser dados.

“O exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.¹¹

Frederick Schauer traz ainda uma situação interessante. Lembra o autor que, no conhecido caso *Marbury v. Madison*, o *Chief Justice John Marshall* considerou que um dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional, mas também seguiu dizendo que a Suprema Corte tinha o poder de exercer a jurisdição sobre o presidente dos Estados Unidos, conclusão acessória e totalmente desnecessária, que enfureceu o Presidente Thomas Jefferson¹².

Também se enquadram como *obiter dicta* aquelas manifestações sobre questão que não é objeto da causa, que é hipoteticamente ali considerada, ou, ainda, sobre questão irrelevante¹³, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie¹⁴ e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada¹⁵.

Dessa forma, o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obiter dictum*, como dito) tem a sua relevância para que se aplique a técnica de julgamento da apelação, do agravo de instrumento contra decisão de mérito e da ação

alcançou, ou amplas explicações de um corpo inteiro de direito, ou apartes simplesmente irrelevantes”) (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 55-56).

10. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 51. Também assim, SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 184.
11. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 185.
12. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, cit., p. 56.
13. “Assim, o conceito de *obiter dicta* pode incluir observações sobre um ponto levantado, mas não decidido no caso, ou observações baseadas em fatos hipotéticos, comentários sobre um ponto não suscitado no presente caso, ou declarações gerais sobre a legislação ou a prática, particularmente aquelas feitas em recurso” (tradução livre) (“Thus the concept of *obiter dicta* may include remarks on a point raised but not decided in the case, or remarks based on hypothetical facts, remarks on a point not raised in the instant case, or general statements about law or practice, particularly those made on appeal”) Cf. MARSHALL, Geoffrey. “What is a binding precedent”. In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 515.
14. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 112.
15. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125 e 235.

rescisória, cujo resultado não seja unânime, na forma do art. 942 do CPC, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente¹⁶.

O *obiter dictum* pode ser erigido à condição de *ratio*, bem como a *ratio* pode ser “rebaixada” à condição de *obiter dictum*.

De um lado, a identificação de *obiter dictum* no julgamento de casos prévios pode se tornar *ratio* no julgamento futuro de um *hard case*, contribuindo muito para sua solução – bem como de outros casos que a ele se assemelhem¹⁷.

De outro lado, há casos, na prática forense, em que o *obiter dictum* é indevida e arbitrariamente invocado como precedente, como se *ratio decidendi* fosse¹⁸. Daí Geoffrey Marshall visualizar a possibilidade de aquilo que foi equivocadamente estabelecido como *ratio decidendi* ser rebaixado à condição de *obiter dictum* por decisões posteriores. Seria: “outra forma de *obiter dictum*, que é na verdade uma suposta *ratio decidendi* rebaixada de categoria pelo raciocínio judicial posterior. Pode considerar-se que um princípio aparentemente estabelecido como a razão para uma determinada decisão foi afirmado muito largamente ou de alguma outra forma inapropriada” (tradução livre)¹⁹.

1.3. Identificação da *ratio decidendi* (ou *holding*)

Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (ex.: decisão que fixa a tese para os casos repetitivos), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação.

Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras

16. Na tradição do *common law*, já se diz que, se não tem a força vinculante habitualmente conferida à *ratio decidendi*, o *dictum* é dotado de força persuasiva, de convencimento, cuja intensidade dependerá da autoridade e prestígio daquele tribunal que o enunciou, da precisão com que investigou e apreciou o caso – e de outras peculiaridades que variam em cada caso (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430). Geoffrey Marshall destaca não só isso ao asseverar que: “Dependendo da autoridade do tribunal, um *obiter dictum* muitas vezes pode ser tratado como impositivo em casos subsequentes tanto por instâncias inferiores como por comentaristas, especialmente se um tribunal superior dedicou tempo e atenção a ele (...) ou se se trata de uma matéria (ou questão) de generalidade” (tradução livre) (“Depending upon the authority of the court, a *dictum* may often be treated as authoritative in subsequent cases both by lower courts and by commentators, particularly if a higher court has devoted time or attention to it (...) or if it relates to a matter of generality”) (MARSHALL, Geoffrey. *What is a binding precedent*, cit., p. 515).

17. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 315-316. Nesse sentido, ainda, ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 14 e 15.

18. Apontando casos, TARUFFO, Michelle. “Precedente e jurisprudência”, *Revista Forense*, v. 415, ano 18, 2012, p. 282.

19. “There is another form of *obiter dictum* which is in effect a putative *ratio decidendi* reduced in rank by subsequent judicial reasoning. It may be held that a principle apparently laid down as the reason for a particular decision was too widely stated or in some other way inappropriate” (MARSHALL, Geoffrey. *What is a binding precedent*, cit., p. 516).

situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada²⁰.

“É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos *precedentes*, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”²¹.

Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, com rigorosa observância do art. 489, §§ 1º e 2º, CPC, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações²².

Em que pese a *ratio decidendi* se encontre na fundamentação de decisão, a ela não corresponde integralmente – nem a nenhum dos outros elementos da decisão judicial. Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo); importa saber: a) as circunstâncias fáticas relevantes relatadas; b) a interpretação dada aos preceitos normativos naquele contexto; c) e a conclusão a que se chega²³⁻²⁴.

Por isso, o relatório da decisão, em alguns casos dispensado (cf., por exemplo, art. 38 da Lei n. 9.099/1995), torna-se imprescindível para a interpretação de um precedente e para a precisa identificação da sua *ratio decidendi*, porquanto pressupõe análise do caso concreto cujo relato deve estar acessível ao intérprete.

Em uma decisão, o órgão judicial não indica, ou não precisa indicar, *expressamente*, qual é a *ratio decidendi*. “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao

20. É o que se denomina, por isso, com eloquência, de *holding*.

21. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 176.

22. Na verdade, a interpretação de uma norma geral está imbricada com a justificação (fundamentação) de uma norma individual, não sendo diferente no campo dos precedentes: “a solução de um problema de aplicação de uma ou mais normas gerais a determinado caso sobre a qual elas possam incidir é, ao mesmo tempo, uma atividade de justificação de uma ou mais normas individuais. A referência a uma ou outra atividade (aplicação, justificação) vai depender, portanto, do próprio objeto que se estiver pretendendo qualificar. No nosso caso, o referencial serão as normas que podemos inferir dos precedentes judiciais. Uma teoria normativa deve ser capaz de solucionar os problemas de justificação e aplicação dessas normas” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 239).

23. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 221-223.

24. Sobre a importância da interpretação da decisão judicial como um todo para a identificação da *ratio decidendi*, ver item sobre o tema no capítulo sobre decisão judicial, neste volume do *Curso*.

examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”.²⁵

Há algumas questões sobre o assunto:

(i) se uma decisão traz mais de um motivo como fundamento de sua decisão (mais de uma *ratio decidendi*), tem-se entendido que todas as *rationes* obrigam, “não podendo o tribunal, em caso posterior, escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra(s) à qualidade de *dictum*”²⁶;

(ii) num julgamento proferido por órgão colegiado, se, a despeito de chegar a um mesmo resultado, os membros do colegiado o fazem por razões diversas, tem-se entendido que falta *ratio decidendi* discernível “e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro”;

(iii) por fim, se for difícil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, seja porque a sua fundamentação é insuficiente, seja porque não há uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deve ser considerada desprovida de *ratio* “e, por conseguinte, de autoridade obrigatória”.²⁷

Existem métodos de identificação do precedente (em seu conteúdo), criados e desenvolvidos por autores norte-americanos.

Um primeiro método, que se difundiu no final do século XIX, intitulado “Teste de Wambaugh” (desenvolvido por Eugene Wambaugh), pauta-se em uma técnica de inversão, segundo a qual se constata que dado enunciado é razão de decidir quando, invertido, implicar uma mudança da conclusão final (do julgamento, a norma concreta). Ou, em outras palavras, a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente²⁸. Entretanto, se a inversão ou

25. MARSHALL, Geoffrey. “What is a binding precedent”, cit., p. 503-517, p. 512 e 513; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 430; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 175; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial a Súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 134. Mencionando a possibilidade de a *ratio decidendi* ser expressa ou mais claramente ser apontada, SUMMERS, Robert S. *Precedent in United States* (New York State). In: McCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 355-456, p. 383 e 384. Atentando para a importância dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro e minimizando a dificuldade de identificar sua *ratio*, o art. 208, p. único, do atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, passou a estabelecer que “constitui parte integrante do acórdão a respectiva ementa, na qual será indicada a *ratio decidendi* em que se fundou a decisão”.

26. Daí se firmar no enunciado n. 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que: “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

27. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, ob. cit., p. 138-139.

28. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Co., 1894, p. 17 ss. Cf., Também assim, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 224; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 110.

exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da *ratio decidendi*, mas, sim, de *obiter dictum*²⁹.

A técnica de Wambaugh (que se assemelha a outra do século XVII, de Vanghn C. J.³⁰) vem sendo criticada por sua falibilidade e insuficiência. Isso porque não permite a identificação da *ratio decidendi* nos casos em que o julgador adota duas diferentes razões jurídicas que são suficientes por si sós e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão. Excluída ou invertida uma delas, a outra bastará para sustentar e manter a mesma conclusão, não permitindo definir se aquela primeira era, de fato, núcleo normativo (razão de decidir), ou simples *obiter dictum*³¹.

Surge, então, o método de Goodhart, que dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes à causa. Sustenta que a definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais³², bem assim a decisão neles embasada³³.

Assim, a *ratio decidendi* (ou “principle of a case”, nas suas palavras), não se encontra nas razões ou opinião do julgador, mas na análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda³⁴.

Assim, o método de Goodhart prestigia a necessidade de que sejam dadas decisões afinadas para casos semelhantes, cuja base fática se aproxime. Se a base fática fundamental for a mesma, o precedente vincula, se não for a mesma (com fatos materiais a mais ou a menos), não vincula³⁵.

29. Adotando essa técnica, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 177. Nem sempre, porém, tal como adverte Roger Stiefelmann Leal, é fácil identificar a *ratio decidendi*, o que configura uma das principais dificuldades verificadas na aplicação prática do efeito vinculante do precedente judicial (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169).

30. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Harvard university press, 2008, p. 76.

31. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 111; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 224 e 225. Para Duxbury, na verdade: “Sempre que um caso contém duas rationes decidendis independentes e operatórias, em outras palavras, o teste de inversão impõe que existem apenas *obiter dicta*, pois nenhuma ratio é necessária para a decisão” (tradução livre) (“Where a case contains two independent operative rationes, in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither ratio is necessary for the decision”) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*”, cit., p. 76 e 77).

32. Que devem ser isolados dos fatos expressa ou tacitamente imateriais ou secundários (ex.: aqueles omitidos na fundamentação ou mencionados hipoteticamente).

33. GOODHART, Arthur. “Determining the *Ratio Decidendi* of a Case”. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), p. 161-183, p. 169 segs.; cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4 ed. Oxford: Clarendon, 2004, p. 63 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 225-227.

34. Por ex., não há como compreender a regra do caso simplesmente considerando o entendimento de um julgador de que todo homem razoável teria previsto que o fogo alcançaria a casa de campo do autor, se essa regra for examinada desprendida dos fatos fundamentais do caso.

35. “Essa concepção de *ratio decidendi* vincula a doutrina do precedente com o princípio de que casos similares sejam tratados da mesma forma” (tradução livre) (“This conception of *ratio decidendi* links the doctrine of precedent with the principle that like cases be treated alike”) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 83).

Mas o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, também por Marinoni³⁶.

A ideia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é a opção mais apropriada.

1.4. Espécies de decisão e precedente

1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente

Na tradição do *common law*, os elementos de fato e de direito relevantes e determinantes são aqueles considerados pelo julgador na solução do problema concreto, em seu *mérito*, devendo ser suficientes para o julgamento daquele específico caso. Não é constitutivo de *ratio* aquele que serve de base para a solução de questão ligada à competência, por exemplo³⁷, quando se tratar de questão de admissibilidade.

Esse entendimento não parece ser correto.

Os capítulos da decisão, como unidades decisórias autônomas, podem versar sobre a admissibilidade ou sobre o mérito da causa. Qualquer capítulo decisório exige fundamentação que venha a ter como suporte uma razão jurídica com potencialidade de ser invocada como precedente, independentemente de o problema resolvido ser de admissibilidade (como a competência) ou de mérito.

A decisão pode tornar-se precedente para questões de admissibilidade do processo – questões processuais, portanto. Não fosse assim, seria difícil explicar a existência de enunciados de súmula sobre matéria processual, abundantes tanto no STF quanto no STJ.

Ratifica esse entendimento a preocupação do legislador em esclarecer que o acórdão que resolve casos repetitivos pode versar sobre questão de direito material ou processual (art. 928, parágrafo único). Também nessa linha, defendida por este *Curso* desde muito tempo, o enunciado n. 327 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual”.

36. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 73; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 228-230.

37. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 250 – 251.

1.4.2. Decisão que homologa autocomposição e precedente

Outra questão interessante diz respeito ao precedente nos casos em que a decisão homologa autocomposição.

O precedente, aqui, diz respeito aos pressupostos para a homologação do negócio jurídico – único tema objeto de raciocínio e construção judicial de caráter hermenêutico – e não à solução negocial definida pelos conflitantes.

A *ratio decidendi* será uma regra jurídica geral que prescreve que, em casos como aquele, o órgão jurisdicional está autorizado a homologar a autocomposição. O precedente relaciona-se com os pressupostos para a homologação da autocomposição – núcleo da fundamentação da decisão homologatória.

O raciocínio é o mesmo quando a decisão nega a homologação: o precedente, no caso, é uma regra jurídica que proíbe a homologação de autocomposição, em causas semelhantes àquela de onde ele surgiu.

Alguns exemplos para ilustrar.

Em uma ação de improbidade administrativa, Ministério Público e réu celebram um acordo, definindo que o ressarcimento ao erário dar-se-á de modo parcelado, com um determinado índice de reajuste monetário e um percentual de juros compensatórios. O juiz homologa esse acordo. Essa decisão é um precedente que define uma interpretação do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992³⁸, isto é: em ações de improbidade administrativa, é possível realizar acordo para fim de ressarcimento do erário.

O autor de uma ação de interdição desiste do processo e pede que o juiz homologue essa desistência. O juiz não a homologa, ao fundamento de que não se pode desistir de um processo de interdição – esse é o precedente.

Uma parte capaz, sem a presença de advogado, concilia com a outra, em mesa de audiência. O juiz homologa esse acordo. Eis o precedente: é lícita a realização de acordo sem a presença de advogado

2. A NORMA DO PRECEDENTE

A norma em que se constitui o precedente é uma regra³⁹.

A *ratio* é o fundamento normativo da solução de um caso; necessariamente, será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção⁴⁰.

38. § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

39. Para Bustamante, é possível, embora não tão útil, que a norma do precedente seja um princípio (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*, p. 350-351). Também entendendo que pode ser regra ou princípio (como, por exemplo, um princípio constitucional implícito), MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 326 ss.

40. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*, p. 106; ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 364-366.

Diz-se que o princípio pode fundamentar a solução de um caso – e, nesse sentido, ser a *ratio decidendi*. Sucede que, quando isso acontece, o princípio é, antes, logicamente, concretizado em uma regra geral, dele decorrente; essa regra geral será o fundamento determinante da decisão.

Quando decide, por ponderação, um caso de colisão de princípios, o juiz constrói uma “regra” para a solução desse problema. Assim, por exemplo, ao entender como devida a intimação do embargado, quando a outra parte opõe embargos de declaração que possuem aptidão para a mudança da decisão embargada, a despeito do silêncio legislativo, os tribunais brasileiros concretizaram o princípio do devido processo legal, sem dúvida; para tanto, criaram uma regra geral: “é devida a intimação da parte embargada, quando o acolhimento dos embargos de declaração puder alterar a decisão embargada”; esta regra é a *ratio decidendi*.

Nesse contexto, pode-se dizer que o princípio encontra-se num plano reflexivo, de discussão da ordem jurídica, contribuindo ou interferindo na construção de outras normas, mas sem aptidão para determinar em definitivo a norma de decisão do caso⁴¹. A regra se situa num plano mais ativo, pois tem aptidão para determinar de modo mais definitivo a norma decisória do caso⁴². A norma do caso é, sempre, uma regra: uma regra geral do caso, que é a *ratio decidendi*, e a regra individual que regula o caso, que se encontra no dispositivo e deriva da primeira.

Às vezes, porém, um princípio é criado a partir de outro princípio; é, por isso, é um subprincípio. Este *Curso* defende, por exemplo, que o (sobre)princípio do devido processo legal pode ser o fundamento para a criação de um (sub)princípio processual, como o da adequação do processo (ver v. 1 deste *Curso*).

Quando isso acontece, ainda assim haverá a necessidade de criação de uma regra geral, decorrente do subprincípio, para a solução do caso concreto. Pode-se dizer, no entanto, que há um precedente no sentido de que “o princípio da adequação é corolário do princípio do devido processo legal”; mas não parece que isso seja propriamente a *ratio decidendi* da solução do caso – seria, no máximo, uma *ratio decidendi* mediata.

Não se pode, contudo, desprezar a concretização judicial de um princípio, feita pela construção de um subprincípio. É, nesse sentido, um precedente importante, que, ademais, reforça a eficácia normativa dos princípios, sem ter, porém, a mesma força, para casos posteriores, da norma-regra dele decorrente.

Por isso, embora seja possível falar em “precedente-princípio”, é preciso observar a lição de Bustamante: “normas jurisprudenciais adscritas do tipo ‘regra’ têm um peso ou vinculatividade maior que as do tipo ‘princípio’”⁴³.

41. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 109.

42. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*, cit., p. 120-124.

43. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*, p. 351.

3. EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE

3.1. Precedente como *ato-fato jurídico*⁴⁴

O *precedente* é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse *fato* ocorrerá.

Obviamente, o tratamento jurídico desse *fato* variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural.

Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode dizer, portanto, que só há precedente em países de *common law*; há precedentes em todo canto, mas os países da tradição jurídica do *common law* prestam-lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo-lhes, muita vez, eficácia normativa.

Caracterizar o precedente como um *fato* tem ainda outra importância.

Como se sabe, o *ato-fato jurídico* é um ato humano que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade de quem o pratica. É *ato*, porque agir humano, mas é *fato*, porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade humana é irrelevante.

O *precedente*, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico), é tratado como um *fato* pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu⁴⁵. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos *anexos* da decisão judicial (sobre os efeitos anexos, ver item respectivo no capítulo sobre decisão judicial, neste volume do *Curso*).

Trata-se de noção prévia indispensável à compreensão da eficácia jurídica dos precedentes, examinada no item a seguir.

44. Acolhendo expressamente essa nossa posição, MITIDIERO, Daniel. "Fundamentação e precedente - dois discursos a partir da decisão judicial". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 69; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. "A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, n. 119, p. 103-104.

45. Perceberam o ponto CALAMANDREI, Piero. "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico". *Opere giuridiche - a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, p. 275-276; ENRIQUES, Enzo. *La sentenza come fatto giuridico*. Padova: CEDAM, 1937, p. 114.

3.2. Efeitos dos precedentes

3.2.1. Generalidades

A eficácia jurídica de um precedente variará conforme as disposições de um determinado direito positivo. No direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para produzir diversos efeitos jurídicos, que não se excluem. É possível e até comum que um mesmo precedente produza mais de um tipo de efeito.

Visualizamos ao menos seis tipos de efeitos jurídicos que um precedente pode ter no Brasil: (i) vinculante/obrigatório (art. 927, CPC); (ii) persuasivo; (iii) obstativo da revisão de decisões; (iv) autorizante; (v) rescindente/deseficacizante; e (vi) de revisão da sentença.

O efeito do precedente decorre de sua *ratio decidendi*. Assim, “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante” (enunciado n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Mas é preciso que a mesma *ratio decidendi* tenha sido adotada pelos membros do colegiado. Assim, “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado” (enunciado n. 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso, a *contrario sensu*, “os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante” (enunciado n. 319 do Fórum Permanente de Processualistas Civis) – nesse caso, são, também, *obiter dicta*⁴⁶.

Vejamos cada um desses efeitos.

Uma observação prévia é importante. A eficácia jurídica ora apresentada é resultado, obviamente, do exame do direito positivo brasileiro.

No caso do direito brasileiro, o efeito pode decorrer de *um* ou de *alguns precedentes* ou ainda *da jurisprudência*, que é a reiterada

46. Precisa a lição de Marcelo Neves: “Na perspectiva do desenho institucional formal, o fato de que cada voto é elaborado separadamente e constitui parte do acórdão torna altamente improvável qualquer aprendizado colegiado. A esse respeito, o que conta é o dispositivo. Em casos de alta relevância constitucional, a decisão é tomada por unanimidade, mas os fundamentos são diversos e, às vezes, contraditórios. Não há *ratio decidendi* comum. Configura-se um decisionismo em relação à maioria convergente em torno do dispositivo. Em matéria de declaração de inconstitucionalidade, que exige maioria absoluta do pleno, é comum alcançar-se essa maioria quanto ao *dispositivo*, sem que isso ocorra em relação aos *fundamentos*. Nesse sentido, a construção de precedentes fica prejudicada e, portanto, o aprendizado constitucional bloqueado. Muitas vezes, a própria ementa não consegue expressar o fundamento e resultado da decisão, dadas as incongruências argumentativas no procedimento decisório”. (“A ‘desrazão’ sem diálogo com a ‘razão’: teses provocatórias sobre o STF”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, consultado em 17.02.2015.) Nesse sentido, também, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial*, cit., p. 272-273; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 121.

aplicação do entendimento firmado em um precedente, esteja ela, jurisprudência, sumulada, ou não – ver item abaixo em que é feita essa distinção.

Assim, no Brasil, ao tratar da eficácia do precedente, é preciso entender que essa eficácia nem sempre decorre de apenas um precedente, mas também não necessariamente decorre da jurisprudência. Depende do caso, como se verá.

3.2.2. Precedente com eficácia vinculante/obrigatória

Como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhe forem supervenientes.

Ao falar em *efeito vinculante do precedente*, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação⁴⁷.

No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC.

Para adequada compreensão desse dispositivo, é necessário observar que o efeito vinculante do precedente abrange os demais efeitos, sendo o mais intenso de todos eles. Por isso, o precedente que tem efeito vinculante por determinação legal também deve ter reconhecida sua aptidão para produzir efeitos persuasivos, obstativos, autorizantes etc.

No mais, exatamente por ser obrigatória sua observância, os juízes e tribunais, independentemente de provocação, deverão *conhecê-los de ofício*, sob pena de omissão e denegação de justiça – mas não sem antes ouvir as partes a seu respeito (cf. arts. 10 e 927, §1º, CPC). Por isso, é oportuna a previsão do art. 1.022, parágrafo único, I, CPC, de que é omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”, que são precedentes obrigatórios na forma do art. 927, III, CPC.

47. Nada impede, contudo, que o órgão que a invoque e aplique ressalve seu entendimento em sentido diverso; esta não é uma decisão contraditória (enunciado n. 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória”).

Trata-se de regra que deve ser interpretada extensivamente para concluir-se que é omissa a decisão que se furte em considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios nos termos do art. 927 do CPC.

Demais disso, deve-se ter em vista que os precedentes obrigatórios enumerados no art. 927, CPC, devem *vincular interna e externamente*, sendo impositivos para o tribunal que o produziu e também para os demais órgãos a ele subordinados. Nesse sentido, o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”.

É partindo dessas premissas que os precedentes obrigatórios serão individualmente analisados a seguir, em item próprio sobre o tema.

3.2.3. Precedente com eficácia persuasiva

O precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada”⁴⁸. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo; “se o segue, é por estar convencido de sua correção”⁴⁹.

É a eficácia mínima de todo precedente.

Há situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo e isso tem o condão de repercutir em processos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, quando admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 1.043, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF, e 1.029, §1º, CPC)⁵⁰. São casos em que a existência

48. TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 13.

49. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 53.

50. É o caso do recurso de revista junto ao TST, na forma do art. 896, “a” e “b”, CLT: “Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a (...) §9º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.”. Aí também se insere os embargos no TST, na forma do art. 894, II, CLT: “Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal”.

de precedentes em sentido diverso é utilizada como mecanismo de convencimento e persuasão do julgador no sentido de reformar sua decisão e adotar aquele outro entendimento.

3.2.4. Precedente com eficácia de obstar a revisão de decisões

Há precedentes que têm o condão de obstar a revisão de decisões judiciais, seja por recurso, seja por remessa necessária. Esse impedimento pode ser tanto no sentido de não admitir a demanda, o recurso ou a remessa necessária, como no sentido de negar, no mérito, de plano, a postulação.

O efeito obstativo (assim como os outros tipos eficaciais que se seguem) não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Em algumas situações, o legislador permite que o órgão jurisdicional negue provimento (ou seguimento) a determinados recursos ou dispense a remessa necessária quando estiverem eles em conflito com precedentes judiciais – jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua –, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores.

Exemplos disso são os arts. 496, §4º, e 932, IV, do CPC, e o art. 894, II, e §3º, I, CLT⁵¹. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente, seja no ato de apreciação recursal, seja na análise da possibilidade de exercício de duplo grau obrigatório, às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar provimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária. Em ambos os casos, há um óbice à revisão da decisão.

O precedente pode autorizar uma denegação de plano, como se disse.

Isso se observa, por exemplo, quando: *i*) os precedentes formados no julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência e enunciados de súmula (do STF, STJ ou de TJ sobre direito local) autorizam a *improcedência liminar da demanda* (art. 332, CPC); *ii*) há previsão de *negativa de provimento a recurso* por contrariar precedente ou enunciado de súmula (932, IV, CPC) – caso em que o precedente ou súmula são simultaneamente obstativos; e também quando *iii*) a aplicação da tese firmada no julgamento de recursos repetitivos conduz à *inadmissão dos demais recursos sobrestados* pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de

51. “Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: (...) II - das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (...) § 3º O Ministro Relator denegará seguimento aos embargos: I - se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou com iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cumprindo-lhe indicá-la (...)”.

origem, que serão considerados prejudicados se o acórdão recorrido coincidir com orientação do tribunal superior (art. 1040, I, CPC)⁵².

3.2.5. Precedente com eficácia autorizante

Precedente autorizante. Assim como pode ser obstativo e denegatório, o precedente pode ser “autorizante”, quando é determinante para a *admissão ou acolhimento de ato postulatório* (como recurso, demanda ou incidente processual).

Repercutem no *acolhimento* de postulações; por exemplo: *i*) a existência de “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”, ao autorizar a concessão de *tutela de evidência* documentada (art. 311, II, CPC); *ii*) bem como o precedente ou enunciado de súmula contrariados pela decisão recorrida, ao implicar o *provimento do recurso* por decisão monocrática do relator (após garantido o contraditório) (art. 932, V, CPC)⁵³.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 5, de 5 de Fevereiro de 2013, em que estabelece a competência do respectivo Presidente para, antes mesmo da distribuição dos feitos, adotar as seguintes medidas: *(i)* negar seguimento ou provimento a agravos, recursos especiais e outros feitos que sejam contrários a matéria sumulada ou julgada em recurso representativo de controvérsia; bem como *(ii)* dar provimento a recursos manejados contra decisões contrárias à *ratio* lançada em enunciados sumulares, no julgamento de recursos repetitivos ou consolidada na jurisprudência da aludida Corte – o que fere o contraditório, já que ainda não oportunizadas as contrarrazões (cf. art. 932, V, CPC, e art. 5º, LV, CF).

Cuida-se de filtro adicional, que evita a própria distribuição de feitos em que se discute matéria objeto de precedentes. É certo, contudo,

52. Agora, se a tese construída no julgamento dos recursos repetitivos for contrariada pelo acórdão recorrido, o seu efeito é outro. O órgão do tribunal de origem fica autorizado a promover juízo de retratação, sendo que: mantido seu entendimento, o recurso deverá ser remetido ao tribunal superior respectivo; caso contrário, alterando seu entendimento, decidirá demais questões ainda pendentes cuja solução passou a se impor (art. 1040, II, §§2º e 3º, CPC).

53. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 376.440, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que o relator poderia aplicar o art. 557, § 1.º-A, do CPC-1973 (correspondente ao art. 932, V, CPC-2015) para concluir, por decisão monocrática, pelo provimento do recurso e consequente procedência da ADIn estadual, decretando a inconstitucionalidade de ato normativo. Julgou com base em precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Seria possível decisão monocrática em torno da constitucionalidade de ato normativo, mitigando-se a observância do art. 97, da Constituição Federal, “quando a questão da constitucionalidade já tenha sido anteriormente objeto de pronunciamento qualificado do colegiado do Tribunal local ou do Supremo Tribunal Federal”, referindo-se, para tanto, ao art. 481, parágrafo único, do CPC-1973 (correspondente ao art. 949, parágrafo único, CPC-2015). Ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela anulação da decisão, a fim de que a matéria fosse submetida ao Plenário da Corte na forma do art. 97, da Constituição Federal (STF, Pleno, EDcl no REX n. 376.440, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 18.09.2014, publicado no DJ de 13.11.2014).

que a Resolução n. 5 prevê o cabimento de agravo interno contra a decisão da Presidência que negar ou dar seguimento ao recurso nos termos acima aludidos, situação em que haverá distribuição do feito a um dos ministros integrantes da Corte.

O precedente ou enunciado de súmula também pode determinar ou contribuir para a *admissão* de recurso. No ordenamento brasileiro, por exemplo, a admissibilidade do recurso especial pressupõe que se demonstre a interpretação divergente conferida por outro tribunal (art. 105, III, “c”, CF/88) e, para tanto, basta invocar um único precedente⁵⁴. Além disso, a admissibilidade do recurso extraordinário pressupõe demonstração de repercussão geral, que se configura sempre que a decisão recorrida contrariar súmula do STF, precedente do STF ou tese firmada no julgamento de casos repetitivos, bem como quando a decisão recorrida reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, na forma do art. 97 da CF (art. 1035, §3.º, CPC).

Observe-se que, a rigor, existem muitos precedentes que têm mais de um dos efeitos acima comentados.

O enunciado de súmula do STF e do STJ, por exemplo, tem, concomitantemente, eficácia obrigatória (art. 927, IV), obstativa (art. 496, §4º, I), denegatória (art. 932, IV, “a”, e 332, I, CPC) e autorizante (art. 932, V, “a”).

Já o enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local é precedente com efeito denegatório (art. 332, IV, CPC) – o que não o priva de outros efeitos (art. 955, parágrafo único, I, CPC).

Há, ainda, casos de precedentes que permitem um julgamento monocrático e de plano de incidente processual, sem necessariamente determinar um juízo de denegação ou acolhimento. O legislador consagra hipótese deste viés ao tratar da possibilidade de julgamento de plano e por decisão singular do relator de conflito de competência, quando sua decisão tiver por fundamento enunciado de súmula do STF, do STJ e do próprio tribunal, ou o precedente oriundo de julgamento de casos repetitivos e assunção de competência (art. 955, parágrafo único, CPC).

3.2.6. Precedente com eficácia rescindente ou deseficazante

O precedente pode, ainda, ter aptidão para *rescindir* ou *retirar a eficácia* de uma decisão judicial transitada em julgado.

Pense-se, por exemplo, no caso dos §§12, 13 e 14 do art. 525, e dos §§5º, 6º e 7º do art. 535, que reputam inexigível decisão judicial que se lastreie em lei ou em ato normativo tidos pelo STF como inconstitucional. Nesse caso, o precedente do STF

54. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 94.

deve ser anterior à decisão transitada em julgado para produzir o efeito de deseficazizar a decisão judicial. Se o precedente do STF for posterior ao trânsito em julgado, caberá ação rescisória (art. 966, V, e art. 525, §15, CPC), cujo prazo será contado da data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Veja, ainda, que se pode cogitar uma *revisão criminal* com base em precedente mais favorável ao condenado – tese que nos parece bem compatível com o sistema brasileiro⁵⁵.

3.2.7. Precedente que permite revisão de coisa julgada

Há quem defenda, ainda, que o precedente pode autorizar a ação de *revisão de coisa julgada* que diga respeito a uma relação jurídica sucessiva (art. 505, I, CPC), como a relação jurídica tributária⁵⁶⁻⁵⁷ – sobre a coisa julgada nesses casos, ver o capítulo sobre coisa julgada, neste volume do *Curso*.

Assim, um precedente do STF poderia, por exemplo, autorizar a revisão, *ex nunc*, da sentença que regulasse uma relação jurídica tributária, que é exemplo de relação sucessiva.

“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 que o STJ, em 2006, mantinha entendimento pacífico no sentido de que determinadas atividades empresariais não se submetiam ao

55. Também assim, Hermes Zaneti Jr. O autor sustenta que precedentes penais só podem incidir para beneficiar o indivíduo; tratando-se de fatos ocorridos antes do precedente, não poderia ele (precedente) vincular *in malam parte* – não se admitindo que vincule nem mesmo como precedente obstativo ou denegatório. Para os fatos pretéritos, os precedentes seriam meramente persuasivos. Já precedentes benéficos podem retroagir inclusive para ensejar a revisão criminal das condenações (ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 391-396 e 408).

56. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., cit., p. 109-124; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. “Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 520-523. Mais extensamente, com amplas referências, OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente – análise das relações jurídicas de trato continuado*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Dissertação de Mestrado, 2013, p. 190-252. Neste sentido, ainda, STJ, Corte Especial, MS n. 11.045/DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 03.02.2010, publicado no DJe de 25.02.2010.

57. *Em sentido diverso*, TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 398; STJ, 1ª. S., REsp n. 1.118.893/MG, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 23.03.2011, publicado no DJe de 06.04.2011 (julgamento pelo regime dos recursos repetitivos): “3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade”.

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'".⁵⁸

3.3. Precedentes obrigatórios no direito brasileiro

3.3.1. Generalidades

O art. 927 do CPC inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. Pode ser, por exemplo, um precedente em processo de controle concentrado de constitucionalidade, um simples incidente em julgamento de tribunal ou um procedimento de produção de enunciado de súmula.

Cada um deles merece análise em item próprio.

Mas esse rol não é exaustivo.

Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado *na súmula de cada um dos tribunais* (ainda que não seja tribunal superior) tem força obrigatória *em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados*. Daí a previsão do art. 926, CPC, quanto ao dever genérico de os tribunais brasileiros uniformizarem sua jurisprudência⁵⁹, mantendo-a estável, íntegra e coerente; isso permitirá a edição de súmula que consolide sua jurisprudência dominante, observando-se o procedimento traçado em seu regimento interno.

"Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes" (enunciado n. 169 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

58. ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues. "Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico", cit., p. 522-523.

59. Também previsto para TRTs no art. 896, §§3º a 6.º, CLT: "§3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência. §4º Ao constatar, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista, o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência. §5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis. §6º Após o julgamento do incidente a que se refere o §3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência."

Antes mesmo de produzir e seguir a sua própria súmula, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes, para que haja sólida jurisprudência a ser sumulada. Esse dever é um dos conteúdos dos deveres gerais de integridade e coerência.

Na verdade, “sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado com consideração, de modo a que a questão do afastamento do precedente judicial seja expressamente tematizada”⁶⁰ – não se pode admitir *overruling* implícito, como se verá adiante.

O art. 955, parágrafo único, CPC, que autoriza o julgamento unipessoal de conflito de competência, quando tiver por fundamento enunciado de súmula do próprio tribunal em que se instaurou o conflito, e o art. 332, IV, CPC, que admite a improcedência liminar do pedido que contrarie enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local, podem ser tomadas como regras que reforçam a força normativa dessas súmulas.

Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.844/2013 no art. 19 da Lei n. 10.522/2002, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ficou autorizada a “não contestar, interpor recurso ou desistir do que tenha sido interposto” sempre que a tese fazendária for contrária a: (i) precedentes oriundos dos procedimentos de que tratam os arts. 543-C e 543-B, do CPC (recursos repetitivos); (ii) à jurisprudência pacífica do STF e dos demais Tribunais Superiores, devidamente ratificada por ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional aprovado pelo Ministro da Fazenda. A referência aos arts. 543-B e 543-C do CPC-1973 devem ser compreendidas como se fosse aos arts. 1036 a 1041 do CPC-2015.

Por tal motivo, embora o *caput* do dispositivo fale em autorização, entende-se que, excetuadas a tentativa de *overruling* ou *reversal* (que estão expressamente ressalvadas), o dispositivo traz verdadeiro dever processual/funcional para o Procurador da Fazenda que esteja atuando em tais causas. O próprio §1º do art. 19 é expresso ao enunciar que, nas situações tratadas no *caput*, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito *deverá*: (i) reconhecer expressamente a procedência do pedido, situação em que a Fazenda será premiada com a dispensa dos honorários sucumbenciais; ou (ii) manifestar o respectivo desinteresse em recorrer.

De acordo com o que dispõem os §§ 2º e 3º do mesmo artigo, as sentenças que resultarem do reconhecimento da procedência em tais hipóteses não estarão sujeitas à remessa necessária, sendo certo que, já estando o processo no Tribunal, poderá o relator negar seguimento

60. BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial – A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, p. 388.

à remessa, desde que o Procurador da Fazenda Nacional seja ouvido e manifeste o respectivo desinteresse.

O legislador se preocupou em exonerar a Fazenda do dever em questão nos casos em que é possível *overruling* ou *reversal*, evitando, assim, eventual engessamento jurisprudencial. O *caput* do referido artigo condiciona a vinculatividade em questão à “ausência de fundamento relevante”; o inciso V do *caput* excetua ainda as situações em que o precedente do STJ é passível de revisão pelo STF.

Por outro lado, os §§ 4º, 5º e 7º, do mesmo art. 19, regulamentam a influência que os precedentes das Cortes Superiores exercem sobre a atividade administrativo-tributária, prevendo situações em que a existência de precedente desfavorável à Fazenda vinculará a administração tributária exercida pela RFB.

De acordo com a regra decorrente do § 4º, a Receita Federal não poderá constituir créditos tributários em contrariedade a: (i) precedentes oriundos do julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que haja prévia manifestação favorável da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e, (ii) à jurisprudência pacífica do STF e demais Tribunais Superiores devidamente encampadas por ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional aprovado pelo Ministro da Fazenda.

Já o § 5º do art. 19 é expresso ao enunciar que a Receita Federal está obrigada a reproduzir em suas decisões o entendimento cristalizado em decisões definitivas resultante do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, bem como na “jurisprudência pacífica” nos Tribunais Superiores; porém, e a exemplo do § 4º do art. 19, o dispositivo condicionou a obrigatoriedade (vinculação) à prévia confirmação da jurisprudência pacífica por ato declaratório do PGFN aprovado pelo Ministro da Fazenda, bem como à prévia manifestação do PGFN nos casos de precedentes resultantes do procedimento de julgamento de recursos repetitivos.

Há, porém, uma última palavra, que, embora óbvia, é importante: “nem todas as decisões formam precedentes vinculantes” (enunciado n. 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

3.3.2. Classificação pelo procedimento de formação

3.3.2.1. Precedentes oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal

Na forma do art. 927, I, CPC, juízes e tribunais deverão observar “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

Trata-se de dispositivo que confere força obrigatória aos *precedentes* do STF produzidos em processo de controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata de exigência de respeito à coisa julgada produzida nesses processos, até porque não faria sentido uma previsão como essa, afinal: a) todos têm de respeitar a coisa julgada, sobretudo quando *erga omnes*; b) o rol do artigo é de *precedentes obrigatórios*, não de hipóteses de formação de coisa julgada.

Por isso, o enunciado n. 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis faz questão de esclarecer que são os fundamentos determinantes (ou seja, a *ratio decidendi*) do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade que produzem o efeito vinculante de precedente para todos os órgãos jurisdicionais.

Não se pode confundir esse efeito vinculante do precedente com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre da coisa julgada.

As decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2º, CF; art. 28, p. único, Lei n. 9.868/99; art. 10, §3.º, Lei n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Observe-se este exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: “lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal”. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, cuja decisão certamente será baseada no precedente anterior; arguida a sua inconstitucionalidade em sede de controle difuso, deverá ser observado esse precedente prévio e obrigatório do STF sobre a matéria.

3.3.2.2. *Precedentes cuja ratio decidendi foi enunciada em súmula*

O art. 927, II e IV, CPC, estabelece, ainda, que os juízes e tribunais deverão observar os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional (inclusive os enunciados de súmula vinculante – art. 103-A, CF) e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram – fala-se em observância do enunciado apenas por uma opção pela brevidade e pela facilitação do discurso.

O art. 927, II, CPC, reafirma a força obrigatória dos “enunciados de súmula vinculante” em matéria constitucional, editados pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, e da Lei n. 11.417/2006. Tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Sobre a súmula vinculante falaremos mais detidamente em item próprio.

Só que o dispositivo do art. 927, II, CPC, vai mais além. Também atribui força obrigatória a todos os enunciados de súmula do STF (em matéria constitucional) e do STJ (em matéria infraconstitucional). Logo, rigorosamente, todos eles passam a ser de observância obrigatória. Não são enunciados de “súmula vinculante”, mas se aproximam disso.

No item dedicado à súmula vinculante propriamente dita (do art. 103-A, CF), será possível observar que ela se trata de enunciado diferenciado, pois: *a)* exige pressupostos próprios para ser criada, como a controvérsia atual sobre matéria constitucional, que gere grave insegurança e risco de multiplicação de processos; *b)* conta com rito próprio de edição, revisão ou cancelamento; *c)* tem regras próprias acerca da legitimidade para iniciar o rito respectivo; *d)* vincula não só juízes e tribunais como também a própria administração pública; isso sem falar que *e)* há casos em que a lei opta por só dar força obrigatória ou atribuir determinados efeitos jurídicos apenas à súmula vinculante propriamente dita (ex.: art. 988, IV, CPC), excluindo as demais.

3.3.2.3. Precedentes produzidos por incidente em julgamento de tribunal: casos repetitivos e assunção de competência. O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios

A teor do art. 927, III, CPC, os juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Nesses casos, há previsão de incidente processual para elaboração do precedente obrigatório (arts. 489, §1º, 984, §2º, e 1038, §3º, CPC), com natureza de processo objetivo. *É uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios* – precedentes também podem formar-se *difusamente*, é claro.

No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida deverão de ser enfrentados. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicus curiae* (arts. 138; 927, §2.º; 983; 1038, I e II, todos do CPC)⁶¹.

61. O art. 896-B, CLT, incorporou ao recurso de revista do processo do trabalho o regramento do incidente de julgamento de recursos especiais extraordinários e especiais repetitivos, instituindo também, nesse mesmo dispositivo, normas próprias. A decisão daí decorrente também deve ser considerada precedente obrigatório

Esses procedimentos formam um *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios*, cujas regras se complementam reciprocamente – essa premissa é indispensável para a compreensão desses incidentes, que serão examinados no v. 3 deste *Curso*.

Trata-se de uma peculiaridade brasileira. Nem todo precedente pressupõe um procedimento específico de produção.

Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois na sua interpretação e na sua aplicação a casos futuros e similares bastará que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (arts. 489, §1º, V e VI, 927, §1º, CPC); se for, o precedente não será aplicado; se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não é exigível a observância ao art. 489, §1º, IV, CPC. Essa é uma das facetas da *inércia argumentativa* própria de um sistema de precedentes, conforme examinado. Somente assim o sistema ganha o *mínimo de racionalidade*.

3.3.2.4. Precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial

O art. 927, V, CPC, prescreve, enfim, que juízes e tribunais devem seguir “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Há, aí, a previsão de duas ordens de vinculação.

Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte.

Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados⁶².

no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo em vista que todas essas regras inseridas na CLT por força da Lei n. 13.015, de 2014 compõem um microsistema de julgamento de casos repetitivos (cf. Enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microsistema de solução de casos repetitivos”). Embora a remissão seja ao CPC-1973, deve ser considerada como referente aos dispositivos correspondentes no CPC-2015: “Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.” Inclusive, no §8.º desse dispositivo também se assegura o contraditório no incidente, nos seguintes termos: “§ 8º O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”. Note que a lei trabalhista fala em *assistente simples*, e não em *amicus curiae*.

62. “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 926 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos” (enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Diante disso, precedentes do:

a) plenário do STF, sobre matéria constitucional, vinculam todos os tribunais e juízes brasileiros⁶³;

b) plenário e órgão especial do STJ, em matéria de direito federal infraconstitucional, vinculam o próprio STJ, bem como TRFs, TJs e juízes (federais e estaduais) a ele vinculados;

Neste sentido, o enunciado n. 314 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal”.

c) plenário e órgão especial do TRF vinculam o próprio TRF, bem como juízes federais a ele vinculados;

d) plenário e órgão especial do TJ vinculam o próprio TJ, bem como juízes estaduais a ele vinculados.

3.4. Reconstruindo algumas normas jurídicas fundamentais (princípios e regras) à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro

A importância do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro, decorrente da eficácia que, como visto no item anterior, o ordenamento jurídico brasileiro lhe atribui, exige que sejam repensados certos princípios e regras, a fim de que possam adequar-se a essa nova realidade. Eis, resumidamente, alguns pontos que precisam ser redimensionados.

3.4.1. Princípio da legalidade

O art. 8º do CPC impõe ao juiz o dever de observar o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade impõe que o juiz decida as questões em conformidade com o Direito. A referência à “legalidade” é metonímica: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes. O dever de integridade, decorrente do art. 926 do CPC, é, sobretudo, o dever de decidir em conformidade com o Direito.

63. Antes mesmo do advento do CPC-2015, com a positivação desta nova regra, já defendíamos que, em função da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula, teriam força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país. Com ampla demonstração da tese, inclusive a partir de julgados do próprio STF, ver o v. 3 deste Curso, no item relativo à objetivação do recurso extraordinário.

O Direito não é apenas o legal (a Constituição, atos administrativos, precedentes judiciais e a própria jurisprudência são fontes do Direito), não é apenas o escrito (há normas implícitas, que não decorrem de textos normativos, assim como há o costume), nem é apenas o estatal (um negócio jurídico também é fonte do Direito).

O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais, previsto em diversos dispositivos do CPC (art. 926, p. ex.), corrobora a necessidade de ressignificação do princípio da legalidade – precedentes também compõem o Direito e devem ser observados⁶⁴.

3.4.2. Princípio da igualdade

É imprescindível que se promova, também, uma redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de isonomia *frente ao Direito*, e não apenas *frente à lei*. É preciso que, na leitura do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, o termo “lei” seja interpretado como “norma jurídica”, entendendo-se que todos são iguais, ou que devem ser tratados como iguais, perante a “norma jurídica”, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obriga tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional. Nesse sentido, a igualdade, como bem apontado por Luiz Guilherme Marinoni, não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da *igualdade perante as decisões judiciais*⁶⁵.

Não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta. Daí a importância de os tribunais promoverem a uniformização da sua jurisprudência, de forma a zelar também pela sua estabilidade, integridade e coerência, tal como impõe o art. 926, CPC.

Trata-se de exigência que, definitivamente, se afina com a noção comum de igualdade e justifica o respeito ao precedente, que deve ser visto como baliza para a solução de casos futuros.

64. Sobre a relação entre o princípio da legalidade e o respeito aos precedentes, ZANETI Jr., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 143.

65. MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 228-233.

É necessário, contudo, ter também em mente a hipótese inversa: a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas⁶⁶. Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.

Por isso, os arts. 489, §1º, V e VI, e 927, §1º, CPC, exigem que todo julgador, ao aplicar ou afastar um precedente, o faça considerando se ele se ajusta ou não às peculiaridades fáticas do caso em julgamento; é dizer, verificando se há similitude fática entre o caso paradigma e o caso em julgamento, mediante a técnica da distinção (a ser adiante estudada)⁶⁷.

3.4.3. Princípio da segurança jurídica

Outro valor constitucionalmente assegurado é o da segurança jurídica; surge, daí, o princípio da segurança jurídica.

Ao afirmar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5.º, XXXVI), a Constituição Federal confere uma garantia: a garantia de que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado. O objetivo, como se vê, é assegurar que essas situações consolidadas no passado devam ser respeitadas no presente e no futuro.

Sucedem que não é apenas em relação ao *passado* que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muitas vezes, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente⁶⁸. Isso se vivifica ainda mais quando se observa a importância que os pre-

66. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 35, n. 189, 2010, p. 25-30.

67. Também consagra a técnica de distinção o art. 896-C, §16, CLT, em tudo aplicável ao processo civil, na medida em que integra um microsistema de tutela de casos repetitivos (“§16.º A decisão firmada em recurso repetitivo não será aplicada aos casos em que se demonstrar que a situação de fato ou de direito é distinta das presentes no processo julgado sob o rito dos recursos repetitivos”). Nesse sentido, Enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

68. Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da segurança jurídica”. *A força dos precedentes*, cit., p. 212; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. *Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro*, p. 35, artigo gentilmente enviado pelo autor via correio eletrônico.

cedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa *previsibilidade* quanto à atuação do Estado-juiz.

É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser repensada. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento *presente*.

Consoante examinado no v. 1 deste *Curso*, do princípio da segurança jurídica extrai-se o princípio da proteção da confiança, que repercute no direito processual, gerando os deveres de uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente – deveres estes também positivados no art. 926, CPC⁶⁹.

Nesse aspecto, o princípio de segurança jurídica impõe não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

3.4.4. Regra da motivação das decisões judiciais⁷⁰

A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a *importância* da motivação de uma decisão. Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje um dado de nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior *qualidade* na fundamentação dos atos decisórios.

Não há mais como reputar suficiente a fundamentação de um ato decisório que se limita a repetir os termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais

69. E, para o Tribunal Regional do Trabalho, no art. 896, §§3º a 6º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, após a Lei n. 13.015/2014.

70. Sobre o tema, MACEDO, Lucas Buril de; PEREIRA, Mateus Costa; PEIXOTO, Ravi. “Precedentes, cooperação e fundamentação: construção, imbricação e releitura”. In: Fredie Didier Jr. e Antonio Adonias Aguiar Bastos. (Orgs). *O projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ou doutrinários. É preciso – e *exigível* – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, *exigível* – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento. Tudo isso compõe expressamente o dever judicial de fundamentação na forma dos arts. 489, §1º, e 927, §1º, CPC.

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função *extraprocessual* da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que o precedente poderá ser por eles invocado (ou invocado em seu desfavor) para justificar e legitimar sua conduta presente (ou questioná-la).

Assim, a regra segundo a qual as decisões judiciais devem ser *fundamentadas* há de ser vista de modo mais contundente, entendendo-se como adequado não *qualquer fundamento* exposto pelo órgão jurisdicional, mas sim aquilo que se reputa como *fundamento útil* para a solução do caso e para a perfeita identificação do precedente.

3.4.5. Princípio do contraditório

Por fim, é necessário redimensionar também o princípio do contraditório, sempre pensado para a definição da norma individualizada.

O contraditório tem sido visto como garantia de que a solução final de uma situação concreta deve ser alcançada mediante a participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo. Sucede que, como se vem dizendo, mesmo num ato decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final. Essa norma, já o dissemos, é *geral* justamente porque pode desprender-se daquele caso específico e ser aplicada em situações outras, futuras, cujas circunstâncias de fato sejam semelhantes às que delinearam a situação dentro da qual ela se formou.

A partir do momento em que percebemos isso – que, mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras

–, o princípio do contraditório, visto como *direito de participação na construção da norma jurídica*, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica *individualizada* (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica *geral* (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Por essa razão, estabeleceu-se no enunciado n. 2 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis a conclusão de que, “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

Isso tem importância prática:

a) repercute na ampliação das possibilidades de intervenção de *amicus curiae* (arts. 138, 927, §2º, 983, 1.038, I e II, CPC, e art. 896-C, §8º, CLT⁷¹).

b) tem determinado a necessidade de redefinição do que se entende por *interesse recursal*, reconhecendo-se também a sua existência para a definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto, como se observa ao admitir-se que *amicus curiae* possa recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 138, §3º, CPC) – sobre o tema, ver o volume 3 deste *Curso*;

c) além disso, impõe-se repensar as hipóteses e os critérios de permissão da intervenção de terceiro. Parece-nos possível e útil pensar a intervenção de terceiro como forma de ajudar na formação do precedente (interesse jurídico reflexo na criação de um precedente que afetará um grupo de pessoas, por exemplo). A consagração da possibilidade de o *amicus curiae* recorrer da decisão que fixa o precedente em julgamento de casos repetitivos reforça essa tendência.

3.5. Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção

É preciso fazer mais uma vez rememorar a distinção entre (i) o efeito vinculativo da coisa julgada, (ii) a eficácia da intervenção e (iii) a eficácia vinculativa do precedente judicial.

Nos três casos, temos efeitos jurídicos que vinculam sujeitos a uma decisão judicial, que possuem regimes jurídicos bastante diferentes. Repetimos aqui, com objetivos meramente didáticos, um quadro esquemático trazido no capítulo anterior, no intuito de contribuir para a compreensão da distinção apontada.

71. A lei menciona que a intervenção dar-se-á na qualidade de *assistente simples*, que é mais do que *amicus curiae*. Identificando nessa regra hipótese de, no mínimo, intervenção de *amicus curiae*, DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2014, v. 80, n. 4, p. 157.

	Coisa julgada (regime geral – art. 503, <i>caput</i> , CPC)	Coisa julgada (regime especial – art. 503, § 1º, CPC)	Eficácia da intervenção (art. 123, CPC)	Eficácia vinculativa do precedente judicial
Limite objetivo	Dispositivo da decisão (norma jurídica individualizada)	Solução dada à questão prejudicial expressa e incidentalmente resolvida na fundamentação	Fundamentação de fato e de direito da decisão	<i>Ratio decidendi</i> – norma jurídica geral (fundamentação da decisão)
Limite subjetivo	<i>Inter partes</i> , como regra (art. 506, CPC)	<i>Inter partes</i> , como regra (art. 506, CPC)	Assistente simples (art. 123, CPC)	<i>Erga omnes</i>
Instrumentos de controle	Ação rescisória, <i>querela nullitatis</i> , desconstituição de sentença inconstitucional (arts. 525, § 12, e 535, § 5º, CPC) e a correção de erro material	Os mesmos instrumentos de controle da coisa julgada sujeita ao regime geral	<i>Exceptio male gestis processus</i> (art. 123, I e II, CPC)	Preventivo: intervenção do <i>amicus curiae</i> antes da formação do precedente (ex. arts. 138; 950, § 3º; 983, § 1º; 1.038, I e II, CPC) Repressivo: mecanismos de superação (<i>overruling</i>) do precedente (ex. art. 3º, Lei n. 11.417/2006; arts. 927, §§ 2º a 4º, e 986, CPC)

4. DEVERES GERAIS DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS AO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1. Generalidades

O art. 926, CPC, inova o ordenamento processual infraconstitucional brasileiro ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e vinculantes, sendo eles: *a*) o dever de uniformizar sua jurisprudência; *b*) o dever de manter essa jurisprudência estável; *c*) o dever de integridade; e *d*) o dever de coerência; *e*) o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes.

Todos eles são decorrência do conjunto de normas constitucionais examinadas no item precedente. Mas isso não elimina a relevância de sua previsão no plano

infraconstitucional, afinal explicitam diretamente o comportamento exigido dos tribunais na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial.

Cabe analisar cada um desses deveres.

4.2. Dever de uniformização da jurisprudência

O dever de *uniformizar* pressupõe que o tribunal não pode ser omissivo diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica⁷². O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.

O art. 926, §1º, CPC, desdobra o dever de uniformizar, dele extraíndo o dever dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando-a, ao determinar que, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Esse dever fica condicionado ao cumprimento do disposto no art. 926, §2º, CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O objetivo é esclarecer que o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre preservar o caráter de concretude do direito judicial que se constrói. Produz-se norma geral, mas a partir de casos concretos. Com isso, o legislador “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação”⁷³.

4.3. Dever de manter a jurisprudência estável

Há, ainda, o *dever de o tribunal manter sua jurisprudência estável*.

Assim, qualquer mudança de posicionamento (*superação*; *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (dever de estabilidade).

Daí falar-se em um princípio da “inércia argumentativa”, como a norma que:

72. Defendendo a existência de um dever de uniformizar a jurisprudência ainda sob a vigência do CPC-1973, e apenas com base na previsão do incidente de uniformização de jurisprudência do CPC-1973 (arts. 476 e segs.), VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203; SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 600; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 555.

73. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 380.

a) estabelece a necessidade de uma *forte carga argumentativa* para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, *caput* e §1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, §1º, VI, CPC; e

b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais *fraca*) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante⁷⁴, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).

A “inércia argumentativa” vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas. Mais do que norma infraconstitucional (art. 489, §1º, V e VI, CPC), a “inércia argumentativa” encontra-se implicitamente consagrada na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta: i) *igualdade* de tratamento para casos afins (art. 5º, *caput*, CF); ii) de *motivação* adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e iii) de *contraditório*, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5º, LV, CF)⁷⁵.

Uma última palavra: “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários” (enunciado n. 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

4.4. Dever de dar publicidade aos precedentes

Para dar efetividade ao sistema de precedentes judiciais, é necessário redimensionar o princípio da publicidade.

Não basta garantir que as decisões judiciais (e demais atos do processo) sejam públicas. É necessário que se reconheça que essas decisões são fonte de precedentes com força jurídica, para que se lhe dê uma publicidade adequada.

Por essa razão, o art. 927, §5º, CPC, prevê que caberá aos tribunais organizar seus precedentes por tema (por “questão jurídica decidida”) e divulgá-los, de preferência, na rede mundial de computadores. Com isso, tornam-se mais acessíveis

74. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229, p. 379 e 389.

75. ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229, p. 392 e 393.

aos juízes e jurisdicionados os posicionamentos daquela corte que podem vincular ou persuadir no julgamento de casos vindouros e afins.

Também consagra essa exigência o art. 979, CPC, embora no âmbito do julgamento de casos repetitivos.

4.5. Dever de coerência e dever de integridade

4.5.1. Premissas

O art. 926 do CPC atribui ao tribunal os deveres de manter íntegra e coerente a sua jurisprudência.

Este enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão. A começar pelo fato de ele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e a coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo “integridade”, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin⁷⁶; já o termo “coerência”, por outro lado, é bem disseminado.

Para se ter uma dimensão do problema, há quem veja no termo “integridade”, no sentido utilizado por Dworkin, sinonímia com o termo “coerência”⁷⁷. E, como se verá nos exemplos de concretização desses deveres, há clara interseção entre as suas zonas de aplicação.

Sucedem-se que se está diante de um *enunciado normativo*, e não de um *enunciado doutrinário*. É preciso dar sentido normativo ao que dispõe a parte final do art. 926 do CPC. Embora esse sentido possa ser construído a partir das lições de autores que se vincularam a esses termos, não há necessidade, e nem poderia ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente a determinada orientação filosófica.

É preciso concretizar o conteúdo normativo desses deveres, de modo a que se possa construir e compreender o microsistema de formação, aplicação e revogação de precedentes *do direito brasileiro*.

a) Temos, então, uma *primeira premissa*: a discussão muda de patamar; não se trata mais apenas de uma querela filosófica – que continuará existindo, é claro,

76. DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332.

77. PECZENIK, Alexander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 132. Essa sinonímia revela-se, com alguma clareza, na obra de autora expressamente influenciada pelo pensamento de Dworkin: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

até mesmo pela relevância da discussão. O problema da interpretação do que se entende por “coerência” e por “integridade” passou a ser dogmático.

b) A *segunda premissa* para compreender o conteúdo dogmático do art. 926 do CPC é a seguinte: o uso de dois termos pelo legislador indica claramente a existência de *dois deveres*.

Há o *dever de coerência* e há o *dever de integridade*.

A interpretação do dispositivo deve ser no sentido de dar-lhe máxima efetividade; não parece adequada qualquer interpretação que compreenda o dever de integridade como continente do qual o dever de coerência é conteúdo, ou vice-versa. A depender da concepção teórica a que se filie o intérprete, uma ou outra opção poderia revelar-se.

Há *dois* deveres, que, ao lado dos demais (uniformizar a jurisprudência, mantê-la estável e divulgá-la devidamente), compõem o complexo de situações jurídicas passivas imputadas aos tribunais. Tais deveres servem como instrumentos para o desenvolvimento do microsistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros.

Há doutrina que simplesmente os mistura⁷⁸; há quem, embora os distinga, quando trata de concretizá-los, refere a um e a outro indistintamente⁷⁹; e ainda há quem prefira referir-se a eles utilizando o termo “consistência”.

São dois os deveres; mas eles formam um amálgama. É bem difícil compreender um sem o outro.

c) Isso nos faz caminhar para a *terceira premissa*: a necessária distinção dogmática entre esses deveres não impede que uma determinada conduta devida pelo tribunal possa decorrer de *ambos os textos normativos*.

Ou seja: os dois deveres podem impor ao tribunal uma só conduta.

Pode-se dizer sobre eles o que Canaris disse sobre os princípios⁸⁰: não possuem pretensão de exclusividade como fonte de deveres dos tribunais na formação dos precedentes judiciais. Muitos dos exemplos que serão apresentados são promíscuos, por não serem fiéis a apenas um dos deveres, ou, visto por outra ótica, são rebentos com duas mães.

78. Embora preferindo usar o termo “coerência”, PECZENIK, Alexander. “Certainty or coherence”. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 169.

79. STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan 2015.

80. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 90.

No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade.

A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de *consistência*.

d) À quarta premissa. O dever de coerência e o dever de integridade servem ao atingimento de um fim: a jurisprudência há de ser consistente. É preciso extrair desse dispositivo do CPC o dever de o tribunal produzir uma jurisprudência consistente.

Esta é a linha adotada por este Curso.

Uma jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente: o tribunal interpreta o Direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa.

Uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente: o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microsistema ou às relações entre o processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem o enfrentamento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia.

De fato, “consistência” parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por *coerência* e *integridade*; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela “consistência de sua jurisprudência”. Qualificar uma jurisprudência como “consistente” é, claramente, considerá-la “íntegra e coerente”.

A terminologia, aqui, também é um problema.

As lições de Peczenik sobre “coerência”, muitas vezes seguidas neste capítulo, servem, em alguns casos, para a compreensão do que aqui se denomina por “consistência”⁸¹ ou por “integridade”.

MacCormick distingue “coerência” de “consistência”, sendo que na tradução brasileira de seu livro, a palavra “consistency” foi traduzida como “coesão”⁸².

e) Quinta premissa: a condição mínima⁸³ para que se possa considerar uma jurisprudência como íntegra e coerente é estar ela lastreada em precedentes bem fundamentados (art. 489, §1º e art. 927, §1º, CPC).

81. O mesmo acontece com as lições de Aulis Aarnio. (AARNIO, Aulis. “The procedure of legal reasoning”. *Essays on the doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, p. 145-146).

82. MacCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Waldéa Barcellos (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 255.

83. Falando apenas de “coerência”, mas cuja lição se aplica perfeitamente ao quanto aqui se defende, PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 131.

A integridade e a coerência revelam-se no enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente. Tanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, tanto mais consistente (íntegra e coerente) ela é⁸⁴.

f) *Sexta premissa*: o art. 926 do CPC consagra dois *exemplos* de *postulados hermenêuticos*⁸⁵, cuja utilização é necessária ao desenvolvimento judicial do Direito. Tanto na formação como na aplicação dos precedentes, os tribunais devem observar os postulados da coerência e da integridade.

g) *Sétima premissa*: a coerência e a integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. É da essência de um sistema de precedentes construídos de forma racional e não-autoritária que eles sejam universalizáveis. Não é legítimo universalizar o que não é íntegro ou coerente.

h) Finalmente, a *oitava premissa*: a verificação da integridade e da coerência da jurisprudência deve ser feita a partir da ponderação e do balanceamento de diversos critérios⁸⁶, que se relacionam entre si. Alguns desses critérios serão vistos a seguir. Na medida do possível, eles devem ser observados e não podem ser examinados isoladamente⁸⁷

4.5.2. Dever de coerência

4.5.2.1. Generalidades

A coerência entre duas normas pode ser visualizada em dimensão *formal* ou em dimensão *substancial*.

A coerência formal está ligada à ideia de não-contradição; a coerência substancial, à ideia de conexão positiva de sentido⁸⁸. O *dever de coerência* deve ser concretizado em ambas as dimensões.

A exigência de *coerência* produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa.

Do ponto de vista *externo*, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento

84. Adapta-se a lição de Peczenik, que se refere à coerência (PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 133).

85. Sobre os postulados hermenêuticos de um modo geral e o postulado da coerência, de um modo especial, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 135-144.

86. PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 133.

87. PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 144-145.

88. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 140.

firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação.

Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes. Não há coerência na distinção que o STF fez entre inquérito penal e inquérito civil, para fins de aferição da competência legislativa respectiva – como será visto no item sobre integridade. Também não há coerência na distinção que o STJ fez, na vigência do CPC-1973, entre núcleos de prática jurídica de instituições federais de ensino e núcleos de prática jurídica de instituições particulares de ensino, reconhecendo apenas aos primeiros o benefício da dobra de prazo⁸⁹ – a incoerência dessa distinção é reforçada pela consagração da regra decorrente do §3º do art. 186 do CPC.

Além disso, a dimensão *externa* do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto.

A coerência impõe o dever de *autorreferência*, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o *distinguishing*. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los⁹⁰.

É bem conhecida a metáfora, elaborada por Dworkin, de que a construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior⁹¹, para que a história possa resultar em algo coerente. “A prática jurídica precisa se preocupar com o que foi feito anteriormente. (...) [a autorreferência] torna a prática mais comprometida com a coerência no discurso jurisdicional, por meio da criação de uma espécie de linha sequencial de decisões”⁹². Às vezes, nem mesmo o próprio julgador observa a sua própria cadeia decisória, submetido que está “às idiosincrasias decisórias de uma multiplicidade de assessores e analistas”⁹³⁻⁹⁴.

89. Há precedente do STJ que não estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade particular de ensino (STJ, 3ª T., AgRg no AgRg no AgRg no MC 5.149/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.10.2002, publicado no DJ de 25.11.2002, p. 227). Há precedente do STJ que estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade pública de ensino (STJ, 3ª T., REsp. n. 1.106.213/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.10.2011, publicado no DJe de 07.11.2011).

90. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235.

91. DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-277.

92. MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, cit., p. 271. O texto entre colchetes é nosso.

93. NEVES, Marcelo. “A ‘desrazão’ sem diálogo com a ‘razão’: teses provocatórias sobre o STF”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, consultado em 17.02.2015.

94. Embora se referindo ao dever de integridade, o que reforça a interseção que há entre ele e o dever de coerência, a lição de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Humberto Theodoro Jr. merece reprodução: “Em face da

O dever de autorreferência decorre, também, do inciso I do parágrafo único do art. 1.022 do CPC, que reputa *omissa* a decisão judicial que não se tenha manifestado sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência, dois exemplos de precedente obrigatório.

Muito a propósito, no particular, o enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

A coerência deve ser observada no espaço e no tempo: “geograficamente, não se autorizando que a mesma situação jurídica seja tratada de forma injustificadamente diferente por órgãos de locais díspares; e historicamente, precisando respeitar sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição que foi adotada com referência e cuidado com o passado e suas consequências”⁹⁵.

A dimensão *interna* do dever de coerência relaciona-se à construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Coerência, nesse sentido, é uma dimensão da congruência que se exige de qualquer decisão judicial. Mas essa congruência não se limita ao aspecto lógico (dever de não produzir decisão contraditória)⁹⁶; ela impõe outros atributos à decisão.

4.5.2.2. Alguns critérios para aferição da coerência

Abaixo, alguns critérios de constatação da coerência do precedente judicial e, por tabela, da jurisprudência.

4.5.2.2.1. Conformidade com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica

A decisão deve estar de acordo com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Ciência Dogmática do Direito.

pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes”. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; THEODORO Jr., Humberto. “Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, n. 189, p. 43).

95. MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 433.

96. PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 131. A teoria sobre coerência desenvolvida por Alexander Peczenik serve para a compreensão do sistema jurídico, da dogmática jurídica e da decisão judicial (PECZENIK, Alexander. “Certainty or coherence”, cit., p. 169).

Porque estabelece o compêndio dos *conceitos jurídicos fundamentais* (prova, capacidade, cognição, ato processual etc.), a Teoria Geral do Direito tem uma função bloqueadora: a solução jurídica que se der a um problema jurídico somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida⁹⁷. Uma das funções do saber dogmático (o conhecimento indispensável à solução dos problemas jurídicos) é, exatamente, *institucionalizar a tradição jurídica*, “gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito”⁹⁸. Porque estabelece o compêndio dos *conceitos jurídico-positivos* (apelação, inspeção judicial, reconvenção etc.), a Ciência Dogmática do Direito também exerce essa mesma função bloqueadora.

À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos”⁹⁹ das decisões. Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”¹⁰⁰.

A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica¹⁰¹.

Sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, a interpretação justa do Direito torna-se, rigorosamente, impossível¹⁰². A principal utilidade da ciência jurídica é exatamente possibilitar o uso coerente¹⁰³ dos inúmeros conceitos jurídicos¹⁰⁴.

4.5.2.2.2. Recondição a uma mesma norma superior

A coerência entre duas normas (entre duas normas-precedente, por exemplo) revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente

97. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 62. Especificamente sobre a função bloqueadora da Teoria Geral do Processo, DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 98-100.

98. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 88.

99. ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 230.

100. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*, 2ª ed., cit., p. 51.

101. PECZENIK, Aleksander. *Scientia juris – legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7.

102. “Nenhuma tentativa séria de elucidar a natureza do direito ou das leis, ou de uma parte ou ramo de estudo jurídico, poderá deixar de incluir alguma análise de termos ou de conceitos”. (MacCORMICK, Neil. “Análítica (abordagem do direito)” *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.)

103. “The doctrine plays an important role because it aims at *rationality*”. “A teoria exerce um importante papel porque visa à racionalidade”, em tradução livre. (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*, cit., p. 295.)

104. DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p. 42.

em nível superior. Ou seja: é preciso que essas duas normas “façam sentido”, “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”¹⁰⁵.

Define-se a coerência, aqui, como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas¹⁰⁶.

Um exemplo. As regras extraídas dos arts. 139, IX, 282, §2º, 317, 321, 485, §7º, 487, 932, p. único e 1029, §3º, formam um conjunto coerente de normas que se justificam em um mesmo princípio: o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC) – sobre esse princípio, ver o capítulo sobre normas fundamentais processuais, no volume 1 deste *Curso*. Se o tribunal ora segue essa linha no exame das questões de admissibilidade da petição inicial, ora segue linha oposta no exame da admissibilidade de incidentes processuais, produz uma jurisprudência incoerente.

Outro exemplo. Um tribunal que decida, em um caso, que a união homoafetiva é família, para fim sucessório, e, em outro, que não é família, para fim previdenciário, produz decisões incoerentes, pois não é possível reconduzi-las a uma norma superior comum.

Mais um exemplo. Há diversas normas que remetem ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil brasileiro. Elas, portanto, demonstram a coerência do sistema jurídico, no particular: a) amplo regramento da mediação ou conciliação (arts. 165 a 175); b) estruturação do procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permissão de homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); d) permissão que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); e) permissão de acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190); f) incentivo à arbitragem (Lei n. 9.307/1996); g) existência de vários negócios jurídicos processuais típicos (art. 63; art. 65; art. 168; art. 225; art. 311, II; art. 337, §6º; art. 362, I; art. 357, §2º; art. 373, §§3º e 4º; art. 471; art. 775; art. 998; art. 999; art. 1000).

105. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252. Nesse sentido, MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 86.

106. MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

4.5.2.2.3. Conformidade com a regra que impõe requisitos para a congruência interna da decisão

O *dever de coerência* impõe que o precedente observe, obviamente, a regra de congruência interna das decisões judiciais.

O precedente precisa ser certo, claro e coerente. Dizer que, por exemplo, uma decisão é inexistente, mas ao mesmo tempo reputá-la rescindível, é violar claramente o dever de coerência.

Sobre os requisitos de congruência interna da decisão, ver o capítulo sobre a decisão judicial, neste volume do *Curso*.

4.5.3. Dever de integridade

O *dever de integridade* relaciona-se com a ideia de unidade do Direito.

Embora o termo “integridade” esteja muito relacionado a Ronald Dworkin, este *Curso* não interpretará o enunciado normativo do art. 926 do CPC *exclusivamente* com base no seu pensamento. As ideias de Dworkin são importantíssimas para a compreensão do assunto, mas não são a única fonte para a concretização do dever de integridade no Direito brasileiro.

Essa opção decorre da premissa teórica do professor estadunidense, segundo a qual somente há uma resposta correta para um problema jurídico. Essa prestigiada teoria da interpretação do Direito não é a seguida por este *Curso*, neste aspecto.

A interpretação é, essencialmente, uma atividade de recriação e, também, de escolha de significado, “ainda que lógica e argumentativamente guiada”¹⁰⁷. A teoria da “única resposta certa” não resolve, por exemplo, o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, textos normativos *genuinamente ambíguos*¹⁰⁸.

A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Eis algumas delas.

a) Decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.); não se admite, por exemplo, decisão com base em “Direito alternativo”. Nesse aspecto, o dever de integridade impede o *voluntarismo judicial* e argumentações

107. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 58.

108. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable - a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987, p. 165.

arbitrárias¹⁰⁹. “Um caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só se duas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto.”¹¹⁰

b) Decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado da hierarquia*, “do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”¹¹¹.

c) Compreender o Direito como um *sistema* de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, “a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade”¹¹².

E, conseqüentemente, reconhecer a existência de microsistemas normativos para, quando for o caso, decidir conforme as regras desse mesmo microsistema.

d) Observar as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material.

Um exemplo. O tribunal, ao interpretar uma norma processual, demonstra as relações que ela mantém com uma determinada norma material – como no caso de interpretação das normas relativas à denúncia da lide, por exemplo. Ao fazer isso, o tribunal robustece a sua fundamentação, por estabelecer as conexões normativas entre os diversos ramos do Direito. Com essas conexões normativas, o tribunal, por observar o dever de integridade, torna a sua decisão ainda mais consistente¹¹³.

e) Enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica discutida. Esse desdobramento do *dever de integridade* está expressamente consagrado no §2º do art. 984 e no §3º do art. 1.038 do CPC – também nesse sentido o enunciado 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida”.¹¹⁴

109. AARNIO, Aulis. “The procedure of legal reasoning”. *Essays on the doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, p. 145.

110. Lição de Carlos Cossio, extraída de BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 91.

111. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136.

112. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136.

113. Na linha do que defende Peczenik, que, não obstante, usa o termo “coerência”, em vez de “consistência” (PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 138).

114. Para Ávila, a “completude” (conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) é um atributo da coerência e está relacionada à ideia de integridade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 140).

Alguns exemplos de entendimentos que não observam o dever de integridade:

i) decisão que não reconheça capacidade processual do Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo, por não encontrar referência a ele no art. 21 da Lei 12.016/2009, ignora a existência do microsistema de tutela coletiva de direitos¹¹⁵;

ii) o acórdão do STF que considera que o *inquérito penal* tem natureza processual e é, por isso, tema de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF)¹¹⁶ fere a integridade (e também a coerência) quando há precedente dessa mesma Corte no sentido de que o inquérito civil é procedimento administrativo, para fins de reconhecer a competência dos Estados para legislar supletiva ou suplementarmente sobre essa matéria (art. 24, XI, CF)¹¹⁷;

iii) decisão que não considerasse como obrigatória a intimação das fazendas públicas na ação de usucapião imobiliária de procedimento comum, porque silencia o CPC a respeito do assunto, violaria o dever de integridade. Se essa intimação é exigida no procedimento administrativo de reconhecimento da usucapião imobiliária (art. 1.071, CPC), tanto mais ela se justifica no procedimento judicial, que tem aptidão para a coisa julgada (nesse sentido, enunciado n. 25 do Fórum Permanente de Processualistas Civis);

iv) decisão que considera proibido o oferecimento à penhora, pelo executado, de bem de família disponível, viola o dever de integridade, pois incompatível com o sistema do Direito privado que permite que esse mesmo bem seja alienado, onerosamente (vendido ou hipotecado, por exemplo) ou gratuitamente (doador); se o bem pode ser alienado pelo seu proprietário, pode ser oferecido por ele à penhora, primeira etapa do procedimento de alienação judicial do bem.

5. A DINÂMICA DO PRECEDENTE

De acordo com Edward Allan Farnsworth, “o uso do precedente é mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio da leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender a andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescentando que o assunto é muito mais controverso. É possível porém estabelecer vocabulário, fazer algumas generalizações mais óbvias e examinar alguns problemas mais interessantes”¹¹⁸.

115. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. “O mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009”. In: Eduardo Arruda Alvim; Glauco Gumerato Ramos; Gustavo de Medeiros Melo; José Henrique Mouta Araújo (Org.). *O Novo Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 227-238.

116. Cf. STF, Pleno, ADI n. 1615-6 MC/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12.6.1997, publicada no DPJ de 5.11.1997; STF, Pleno, ADI n. 3.896, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 04.06.2008 e publicada no DJe de 08.08.2008.

117. STF, Pleno, MC na ADI n. 1.285, rel. Min. Moreira Alves, j. em 24.10.1995, publicada no DPJ de 23.03.2001.

118. FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 63.

A ideia aqui é, pois, a de apresentar alguns pontos importantes da aplicação prática do precedente judicial, sem, obviamente, pretender esgotar o tema.

5.1. Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado

No Brasil, o sistema de precedentes tem um aspecto curioso.

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente¹¹⁹.

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a *norma geral* extraída, à luz de casos concretos, de outro texto (o texto legal, em sentido amplo). A súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível. Mais do que isso, a redação do enunciado da súmula exige o retorno ao caso que lhe deu origem. Trata-se de exigência do art. 926, §2º, CPC: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

E do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão os precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes esses que também são textos a serem interpretados¹²⁰, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes, que serviram de base para sua construção¹²¹.

119. Daí a afirmação de Marinoni, para quem a “súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, cit., p. 217).

120. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carece de interpretação. É trabalho do aplicador extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, cit., p. 259).

121. Assim, o enunciado n. 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

O precedente isoladamente não é tão valorizado na tradição do *civil law*, como é na tradição do *common law*. Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente¹²² e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral que dali se extrai, tornando-a pauta de comportamento e julgamento para quem julga e para quem é julgado.

Mas não se pode esquecer que, no Brasil, sobretudo com o advento do CPC-2015, há significativo número de casos de simples precedentes que possuem eficácia normativa, mesmo que não tenham gerado jurisprudência, como se percebe dos dispositivos do art. 927, I, II e IV, CPC. Remetemos o leitor ao ponto em que se tratou da eficácia jurídica do precedente.

Importância maior, contudo, ainda é dada à súmula, enquanto enunciado numerado e publicado que sumariza a jurisprudência dominante de dado tribunal sobre aquele tema específico. Não é uma decisão que constitui um precedente, mas, sim, um texto conciso criado pelo tribunal, com o propósito de enunciar o entendimento que ali prevalece. Sua edição foi colocada, inclusive, como um dever dos tribunais brasileiros, na forma do art. 926, §1.º, CPC: “Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”.

Entretanto, se a decisão que gera o precedente é construída em procedimento judicial que transcorre em contraditório, que se dá com a participação cooperativa e dialógica das partes, o mesmo não se pode dizer, segundo Marinoni, do enunciado de súmula. O procedimento de edição de um enunciado da súmula não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada. Essa presença é muito importante, pois essas partes tendem a prezar para que a tese jurídica não acabe desvirtuada, legitimando-a para casos futuros, ainda que envolvam outros jurisdicionados¹²³.

Rigorosamente, a legitimação democrática na *formação* do precedente – que pode originar jurisprudência e enunciado de súmula – pressupõe que o tribunal, ao fundamentar a decisão que o origina, atente para a exigência do art. 489, §1º, IV, c/c art. 927, §1º, CPC. Quer dizer, é indispensável que enfrente todos os argumentos trazidos no processo, em especial os contrários à tese adotada e aptos a colocar em xeque a conclusão a que se chegou.

122. O diferencial quantitativo entre precedente e jurisprudência é destacado por Taruffo (TARUFFO, Michelle. “Precedente e jurisprudência”, cit., p. 279).

123. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 216 e 217.

Já em momento posterior, de *interpretação* e *aplicação* desse precedente, não será necessário revolver todos os argumentos dantes já explorados, em contraditório. Bastará que a decisão seja fundamentada na forma do art. 489, §1º, V, c/c art. 927, §1º, CPC, i.e., identificando-se a *ratio decidendi* do precedente e justificando que o caso que lhe deu origem se assemelha ao caso em julgamento (não havendo distinção).

O art. 927, §1º, CPC, estabelece a aplicação dos arts. 10 e 489, §1º, CPC, no ato de interpretação e aplicação dos precedentes. Mas é importantíssimo que se compreenda que, em nome do contraditório e do dever de fundamentação das decisões, esses dispositivos são também aplicáveis no ato de formação e construção dos precedentes, nos moldes sustentados nos parágrafos acima. Em suma: embora o §1º do art. 927 do CPC apenas se refira à decisão baseada no precedente, o dispositivo também se aplica à *formação do precedente*.

A invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar. O enunciado de súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição¹²⁴. Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular; isso, porém, costuma ser ignorado. Rigorosamente, falta técnica e vontade, como explica Marinoni:

“(...) as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto”¹²⁵.

Nem mesmo a aplicação da súmula vinculante¹²⁶ escapa dessa crítica. Malgrado se produza em procedimento que permite a participação e manifestação dos interessados¹²⁷, ela permanece afastada da realidade fática que deu origem à tese jurídica supostamente ali concretizada, gerando as mesmas dificuldades.

124. O que Taruffo visualiza também no contexto da simples jurisprudência: “em regra os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre subsunção *da fattispecie* sucessiva em uma regra geral” (TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência, cit., p. 280).

125. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 217-218.

126. A EC n. 45/2004 inseriu o art. 103-A na CF, que autoriza o STF aprovar súmula vinculante, quando já existirem repetidas decisões sobre matéria constitucional, cuja observância é obrigatória para demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Sua disciplina infraconstitucional encontra-se na Lei n. 11.417/2006 e na Resolução n. 381 e 388/2008, STF.

127. Cf. art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417/2006. Isso pluraliza e socializa o debate, conferindo mais legitimidade democrática à normatização.

Porque produzida a partir do caso concreto, o texto da *ratio decidendi*, nos enunciados sumulados, não pode ter algumas características que normalmente aparecem no direito legislado. Por exemplo: não há razão para que, na redação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legislado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de aceção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Infelizmente, essa técnica de elaboração do texto sumulado não foi observada pelo STF, ao editar o n. 11 da sua súmula vinculante: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de aceção tão vaga (“fundado receio de fuga”, “perigo à integridade física própria ou alheia”, “justificada a excepcionalidade por escrito” etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” concretizando o disposto no enunciado n. 11.

A “súmula vinculante”, cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de “determinadas situações típicas”, neste caso terá pouca serventia. Não se quer aqui entrar no mérito da questão do uso ou não de algemas. A proposta não é esta. A preocupação é com a má-técnica do STF na formulação do enunciado do precedente, que é vinculante. O STF deve lembrar que o “papel normativo” da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser “sumuladas”, exatamente porque, em razão das suas peculiaridades concretas, devem sempre ser examinadas *a posteriori*, e não *a priori*.

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos.

5.2. Técnica de confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinquishing*

Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma

semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente¹²⁸, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Para Cruz e Tucci, o *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”¹²⁹. Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, §1º, V, e 927, §1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “*distinção*”, na forma em que consagrada no art. 489, §1º, VI, e 927, §1º, CPC¹³⁰.

Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, §1º, VI, e 927, §1º, CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável

128. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, ob. cit., p. 142.

129. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 174.

130. Como já dito, a técnica de distinção também é prevista no contexto de incidente de julgamento de casos repetitivos no art. 896, §16, CLT. Trata-se de regra que se aplica ao processo civil, na medida em que integra um microsistema de tutela de casos repetitivos, como dispõe o enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.

(*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, §1º, V, e 927, §1º, CPC¹³¹.

Para concluir pela incidência de um precedente, é necessária a similaridade dos fatos fundamentais das causas confrontadas. Impõe-se, ainda, a análise da possibilidade de os fatos ditos fundamentais poderem ser inseridos em dada classe ou categoria, na qual também se inserem aqueles que servem de base ao caso sob julgamento, de forma a que possam ter soluções semelhantes.

Para essa categorização, é indispensável a averiguação da razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico em que proferida, naquele tempo e naquele lugar, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores. Afinal, pode o fato pertencer a uma mesma categoria em um contexto e a outra em contexto diverso¹³². Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um “profissional” ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade.

O direito à distinção é um corolário do princípio da igualdade. A ele corresponde um dever de o órgão julgador proceder à distinção – dever esse consagrado em diversos dispositivos da legislação brasileira. A distinção se impõe na aplicação de *qualquer precedente*, inclusive os vinculantes (enunciado n. 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato,

131. Há previsão do emprego do método da distinção também em outros casos. Em *primeiro* lugar, o art. 1.037, §§9º a 13, CPC, consagra a distinção no contexto do incidente de julgamento de recursos repetitivos. A ideia é que se faça uso da distinção para justificar o prosseguimento do recurso indevidamente sobrestado, demonstrando que versa sobre questão diversa, não sendo propriamente repetitivo. Em *segundo* lugar, consta, ainda, no art. 1.042, §1º, II, CPC, que coloca a distinção como requisito de admissibilidade do agravo em recurso extraordinário e especial interposto contra: *i*) decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem que inadmita o recurso extremo porque o acórdão recorrido coincide com orientação do tribunal superior, cabendo justificar a distinção entre o caso em análise e o precedente do STF ou STJ invocado; *ii*) decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem que inadmita o recurso extraordinário sob argumento de que STF já reconheceu a inexistência de repercussão geral sobre a matéria, cabendo justificar a distinção entre o caso em análise e o precedente do STF invocado (art. 1.042, II e III, CPC). Em *terceiro* lugar, não se poderia deixar de mencionar regra que exige que a parte justifique a inexistência de distinção entre acórdão recorrido e o paradigma em sede de embargos de divergência e recurso extremo fundado em dissídio jurisprudencial, vedando-se que o tribunal inadmita o recurso “com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a distinção” (arts. 1.029, §§1º e 2º, 1.043, §§4º e 5º, CPC).

132. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 251-253.

sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por outro órgão jurisdicional.

Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*¹³³ (art. 489, §1º, V, e art. 927, §1º, CPC).

O emprego da técnica de distinção é dever de todo e qualquer órgão jurisdicional diante de todo e qualquer precedente que o vincule¹³⁴.

O *distinguish* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguish*-método). Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplicá-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação do precedente que serão vistas a seguir (*overruling* e *overriding*). Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguish*-resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*).

Se a questão está sendo enfrentada pela primeira vez, tem-se então um *hard case*, cujo mérito deve ser enfrentado independentemente da utilização, como fundamento, de precedentes judiciais.¹³⁵

Pode ocorrer, contudo, que o magistrado ou tribunal, ao decidir o caso em julgamento, ignore um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso. Tem-se, então, em casos tais, a chamada decisão *per incuriam*¹³⁶, que, na forma do art.

133. Muitas vezes o julgador se esforça para concluir serem diversos os fatos materiais (ou fundamentais) para justificar a não-aplicação de um precedente que considera injusto. Mas, por outro lado, essa possibilidade de distinção de casos e afastamento do precedente confere uma maior abertura e maleabilidade ao julgador permitindo que sua justiça seja do caso concreto – poder este que se for exercido arbitrariamente ou abusivamente pode colocar em xeque a isonomia e a segurança jurídica, suscitando dúvidas sobre a autoridade, senão, ao menos, a normatividade do precedente (SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144 e 145). Esse poder é dado ao juiz, mas não pode ser usado arbitrariamente, de forma a fazer o *distinguishing* com base em fatos não fundamentais. E quando o faz, ao menos em um regime de *common law*, será possivelmente percebido, repreendido e denunciado por advogados e juízes, que o tomarão como operador negligente ou de caráter questionável. Distinguir não é afastar precedentes ao sabor do juiz, por lhe parecer oportuno. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114)

134. “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado” (Enunciado n. 174 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

135. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, ob. cit., p. 175. O autor chama atenção de que, em contraponto, os processos para os quais já existe precedente firmado são denominados de *clear cases*.

136. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 146.

1.022, parágrafo único, I e II, CPC, é omissa. Para que assim se caracterize, é necessário demonstrar-se que, tendo conhecimento do precedente ou da lei ignorados, o magistrado ou tribunal chegaria a um resultado diverso daquele alcançado.

5.3. Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*

5.3.1. Generalidades

Tão importantes quanto a técnica de confronto, interpretação e aplicação dos precedentes são as técnicas de *superação*. São basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*.

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente¹³⁷. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*. Essa substituição pode ser:

(i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou

(ii) tácita ou implícita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última. O *implied overruling* não é, porém, admitido no ordenamento brasileiro, tendo em vista a exigência de fundamentação adequada e específica para a superação de uma determinada orientação jurisprudencial (art. 927, § 4º, CPC)¹³⁸. É preciso dialogar com o precedente anterior para que se proceda ao *overruling*.

137. A Câmara dos Lordes inglesa assentou, no julgamento do caso *Bright v. Hutton*, em 1852, a possibilidade de corrigir eventuais erros cometidos no passado, alterando-se a orientação do precedente então criado. Essa prerrogativa, porém, somente foi exercida mais de um século depois, em 26 de julho de 1966, quando se editou uma resolução (o *Practice Statement of Judicial Precedent*) que autorizava o que então passou a ser chamado de *overruling*. No entanto, o primeiro caso de *overruling* de que se tem registro ocorreu em 1968 e, nada obstante a importância da sua existência para a saúde da teoria do *stare decisis*, poucos foram os exemplos que lhe seguiram no direito inglês. Mostra-se mais comum no direito norte-americano. (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 158-159 e p. 167). De acordo com a doutrina, a técnica da revogação só foi utilizada de forma expressa entre 1966 e 1991 apenas oito vezes. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4ª ed. Clarendon Press: Oxford, 1991, p. 135). Nos EUA, a utilização é mais corriqueira: a Suprema Corte Americana, de 1789, até o fim de 2009, realizou apenas 210 revogações expressas de precedentes. (GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 11, 206-245).

138. Ao apresentar sua crítica ao *implied overruling*, Thomas Bustamante destaca que a regra-de-ouro das *departures*, entre as quais se encontra o *overruling*, é que, ao se afastar do seu próprio precedente, o órgão julgador sempre deve levá-lo em consideração, com fim de tematizar, expressamente, a questão do afastamento do precedente judicial. (BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p.388.) Nesse sentido, também, NEVES, Marcelo. "A 'desrazão' sem diálogo com a 'razão': teses provocatórias sobre o STF". Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, consultado em 17.02.2015; THEODORO Jr., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, n. 118-119.

Há também quem faça menção à *transformation*, que seria uma técnica pela qual o tribunal, embora deixe de aplicar o precedente, tenta compatibilizar as duas orientações.¹³⁹ Trata-se de um *implied overruling* ao quadrado,¹⁴⁰ no sentido de que, além de revogar a orientação anterior de forma implícita, ainda tenta compatibilizá-la com o novo precedente. Assim, ambas as técnicas consistem em ofensas ao dever de coerência, decorrente do art. 926.

A possibilidade de mudança do entendimento é inerente ao sistema de precedentes judiciais. O dever de estabilidade da jurisprudência não impede a alteração do entendimento¹⁴¹; *ele impede alteração injustificada desse entendimento*. A modificação do entendimento pode revelar-se um imperativo de justiça. Este é o ponto.

O ordenamento brasileiro prevê técnicas de superação de precedentes judiciais e dos enunciados sumulares a partir deles produzidos, embora não utilize a denominação que lhes é atribuída pelo direito anglo-saxônico. É o que se dá, por exemplo, com o processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, que tem previsão no art. 103-A, §2º, da Constituição, na Lei n.º 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF, assunto ao qual voltaremos mais adiante.

Mas a previsão da técnica de superação, por excelência, que deve ser aplicável à alteração de qualquer precedente, jurisprudência (dominante) e enunciado de súmula, consta no art. 927, §§ 2º a 4º, CPC.

O art. 927, §2º, em especial, tem o cuidado de admitir que a alteração de súmula ou julgamento de casos repetitivos (definido no art. 928, CPC) – e, também, parece-nos, de qualquer outro precedente com força vinculante – possa ser precedida de novo debate público em que se exponham motivos para manutenção ou superação do entendimento, com a realização de “audiências públicas” e a “participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (as próprias partes, Ministério Público, tribunais e *amici curiae* em geral)¹⁴².

Não bastasse isso, há também instrumentos processuais de que o jurisdicionado se pode valer para controlar a decisão judicial que, invocando um precedente (jurisprudência ou súmula), lhe cause gravame. É o que se dá, por exemplo, com

139. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 342-346.

140. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes*: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2015, p. 132.

141. Nesse sentido, Robert Alexy afirma “Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade ainda que seja somente uma condição” (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2ª ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.; revisão técnica da tradução e introdução a edição brasileira, Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p.265).

142. Ressalte-se, nesse particular, que, na forma do enunciado n. 175 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O relator deverá fundamentar a decisão que inadmitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades e deverá justificar a não realização de audiências públicas”.

o agravo interno de que fala o art. 1.021, do CPC, que pode ser interposto contra a decisão de que trata o art. 932, V, CPC; é o que se dá também com a reclamação constitucional, que pode ser utilizada contra a decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7º, Lei n. 11.417/2006, e art. 988, IV, CPC), bem como contra aquela que contraria decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (art. 988, III e IV, CPC).

5.3.2. *Overruling* difuso e *overruling* concentrado

A superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial (*overruling*) pode dar-se, no Brasil, de maneira difusa ou concentrada.

O *overruling* realizado difusamente pode ocorrer em *qualquer* processo que, chegando ao tribunal, permita a superação do precedente anterior. Ele é a regra entre nós, tradicional no *common law*, e traz a grande vantagem de permitir que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial.

No Brasil, porém, o *overruling* pode dar-se de modo concentrado. Instaura-se um procedimento autônomo, cujo objetivo é a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal. É o que ocorre com o pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º da Lei n. 11.417/2006) e com o pedido de revisão da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 986, CPC).

Ao revisar ou cancelar o enunciado da súmula ou da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas, o tribunal estará, na verdade, redimensionando a sua jurisprudência ou a alterando. A jurisprudência é, como se sabe, a reiterada aplicação de um precedente. Observe que, em ambos, há um rol de entes com capacidade processual para pedir a revisão ou cancelamento: o *overruling* não pode surgir de qualquer processo nem pode ser pedido por qualquer pessoa.

Nesse sentido, o enunciado n. 321 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação do entendimento sedimentado poderá ser realizada nos termos da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando se tratar de enunciado de súmula vinculante; do regimento interno dos tribunais, quando se tratar de enunciado de súmula ou jurisprudência dominante; e, incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou causa de competência originária do tribunal”.

5.3.3. Fundamentação do *overruling*

O art. 927, §4º, CPC, prevê que o *overruling* (ou “modificação”) do enunciado de súmula, da jurisprudência “pacificada” (que é a dominante) e do precedente oriundo do julgamento de casos repetitivos deve decorrer de decisão devidamente

fundamentada. Na verdade, o *overruling* de qualquer precedente vinculante deverá advir de decisão devidamente fundamentada. É necessário que essa fundamentação seja “adequada e específica”, em observância aos princípios da proteção da confiança e da isonomia.

Exatamente por isso, a decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. A manutenção dos precedentes vigentes, de forma a gerar previsibilidade e garantir a isonomia na aplicação do direito, exige um maior esforço argumentativo tanto à parte que litiga em face de precedente em sentido contrário, como ao órgão julgador que atue nessa revogação, estando tal ônus relacionado com o princípio da inércia argumentativa, já examinado¹⁴³.

Embora possam existir outros motivos, Celso de Albuquerque Silva bem sintetiza as hipóteses mais comuns de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática.¹⁴⁴ Para Melvin Eisenberg, o *overruling* deve ocorrer quando: a) o precedente não mais corresponda aos padrões de congruência social e consistência sistêmica e b) as normas jurídicas que sustentam a estabilidade, tais como a isonomia e a segurança jurídica, mais fundamentam a sua revogação do que a sua preservação.¹⁴⁵

O art. 896-C, §17, CLT, expressamente trata da possibilidade *overruling* do precedente em recursos de revista repetitivos; prescreve que a superação somente será admitida diante de modificação do estado social, econômico ou jurídico; determina, também como deve ser fundamentada a decisão que a realiza: “§17.º Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”.

Essa superação somente pode ser feita pelo Tribunal Superior do Trabalho. Demais tribunais e juízes não poderiam suplantar entendimento

143. ATÁIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. “O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, *passim*; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 180-181; PEIXOTO, Ravi. Aspectos materiais e processuais da revogação de precedentes no direito brasileiro. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor; COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre et al. v.3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 397-398. Marília Siqueira cita o art. 521, que era o número que o art. 927 do CPC tinha na versão da Câmara dos Deputados; no Senado, o dispositivo foi transferido para a parte que regula o processo nos tribunais.
144. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 266-284.
145. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998, p. 104-105.

de órgão hierarquicamente superior. O TST só poderá partir para o *overruling* a partir de “critérios argumentativos-procedimentais já enumerados, respeitando os seguintes aspectos: 1) o substancial, o tribunal precisa demonstrar que a *ratio decidendi* em voga causa injustiças ou é inadequada, e que determinado princípio determina sua mudança por uma norma que demonstre ser mais adequada ou justa para a situação; 2) o formal, o tribunal precisa demonstrar que as razões substanciais para a mudança superam as razões formais para a continuidade, isto é, que é mais importante a prevalência do princípio material do que a segurança jurídica fornecida pela continuidade da tese; 3) o da segurança na mudança, aspecto final, que consiste na proteção da confiança legítima, ou seja, depois de o tribunal posicionar-se pela necessidade de mudança, deve passar a se preocupar com a proteção dos jurisdicionados que atuaram com expectativa legítima na aplicação dos precedentes, seja determinando um regime de transição ou aplicando o chamado *prospective overruling*, fazendo a nova tese incidir apenas sobre relações jurídicas que se deem a partir de certo momento”¹⁴⁶.

Tudo isso serve ao *overruling* no âmbito cível (enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Também é correta a lição consagrada no enunciado n. 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”.

Bom motivo para não aplicação do precedente é a superveniência de lei nova com ele incompatível. Nesse sentido, enunciado n. 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

Há de se perceber, porém, que, quando há modificação legal, não se tem propriamente uma revogação de precedentes nos termos do que faz referência o CPC. Nesta hipótese, a não aplicação do precedente pode ser feita por qualquer juiz, não irá necessitar do ônus argumentativo existente para a decisão de superação típica e nem será necessária a ponderação da revogação com o princípio da segurança jurídica.¹⁴⁷

146. DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril. *Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014*, p. 159-160.

147. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 467; PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 140.

Além disso, o novo entendimento deve ser estendido a todos os casos que se assemelhem àquele que lhe deu origem e afastado dos que se diferenciem, em nome da igualdade. Deve-se dar, ainda, ao jurisdicionado a segurança e a confiança de que a conduta que adotou com base em precedente, jurisprudência consolidada ou súmula não será objeto de qualificação jurídica diferente daquela até então predominante, admitindo-se a modulação da eficácia da nova norma judicial (jurisprudencial ou sumulada) advinda do *overruling* em nome do interesse social e da segurança jurídica¹⁴⁸ – como já preveem o art. 927, §3º, CPC, e o art. 896-C, §17, CLT.

5.3.4. Eficácia temporal da revogação do precedente

Em regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa¹⁴⁹.

Há de se perceber que a revogação de um precedente não pode ser equiparada à revogação de uma lei por outra, uma vez que: a) no caso da legislação, sempre há, no mínimo, um momento certo, em que se percebe a mudança no texto normativo; no caso do precedente, podem existir diversos fatores que tenham minado a confiança no precedente; b) a imposição da regra da irretroatividade para os textos normativos decorre de uma restrição ao caráter discricionário do texto normativo; a decisão jurisdicional, por sua vez, depende de uma rigorosa argumentação, que pode demonstrar o erro na decisão anterior e a existência de elementos que imponham a não confiabilidade no precedente revogado.¹⁵⁰

Isso não significa que a revogação prospectiva se torne algo completamente excepcional, mas tão somente exige uma fundamentação justificada para tanto, tornando-se mais um elemento que imponha a estabilidade da jurisprudência.

A fixação da revogação com regra prospectiva acabaria por facilitar ainda mais o *overruling* de precedentes, especialmente no Brasil, em que um dos desafios do *stare decisis* é a estabilização do posicionamento dos tribunais superiores. Como mencionado anteriormente, tanto nos EUA, como na Inglaterra, a estabilidade jurisprudencial é muito maior. E há de se perceber que, nos EUA, o tratamento da

148. Nesse sentido, COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC”, cit., p. 398. Marília Siqueira cita o art. 521, que era o número que o art. 927 do CPC tinha na versão da Câmara dos Deputados; no Senado, o dispositivo foi transferido para a parte que regula o processo nos tribunais.

149. Com mais vagar, sobre o tema, com as devidas indicações da polêmica doutrinária existente no Brasil acerca de qual seria a regra na eficácia retroativa na revogação de precedentes, cf. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 183-187.

150. Essa segunda característica é ressaltada por: ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 305-306.

modulação de efeito é vacilante¹⁵¹ e, na Inglaterra, sequer é admitida,¹⁵² o que lhes impõe um maior cuidado para a revogação de precedentes e talvez seja um dos fatores que façam com que a alteração jurisprudencial seja mais rara nesses países.

Facilitar, ainda mais, a alteração dos precedentes no Brasil não parece ser um bom caminho, *muito embora a sua utilização seja uma imposição nas hipóteses em que haja a revogação de um precedente longo ou consolidado em súmula de forma surpreendente*. Inclusive, a própria tradição jurisprudencial pode formar essa regra, no sentido de que as revogações surpreendentes exijam a modulação de efeitos, o que viria a facilitar decisões semelhantes, pela diminuição do ônus argumentativo.

O tema será examinado no próximo item.

Em sentido contrário aponta o enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual afirma que, “Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”¹⁵³.

5.3.5. Modulação de efeitos da superação do precedente. O *signaling*

Importante definir qual a eficácia da decisão que altera a jurisprudência dominante, seja ela tomada num processo específico para a superação de um enunciado sumular (p. ex., no processo de revisão ou cancelamento de súmula vinculante), seja ela tomada como natural evolução do pensamento de um tribunal (p. ex., mudança de posicionamento de um tribunal sobre um determinado tema).

Ou seja, deve-se analisar se essa decisão tem efeito *ex tunc*, de modo a atingir os fatos ocorridos anteriormente à mencionada mudança ou, ao contrário, tem ela eficácia *ex nunc*.

De acordo com o raciocínio traçado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., cabe ao tribunal, com base no princípio da razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado na Corte. Isso porque a regularidade da jurisprudência, ainda quando não possua eficácia vinculante e obrigatória – e, por

151. Para uma análise da situação da modulação de efeitos nos EUA, cf.: PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes*, cit., p. 163-167.

152. JURATOWITCH, Ben. “The temporal effects of judgments in the United Kingdom”. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.

153. No mesmo sentido do enunciado, COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC”, cit., p. 411. Marília Siqueira cita o art. 521, que era o número que o art. 927 do CPC tinha na versão da Câmara dos Deputados; no Senado, o dispositivo foi transferido para a parte que regula o processo nos tribunais.

isso, não seja considerada, especificamente, como uma fonte formal do Direito –, gera consequências no plano fenomenológico: “no mínimo é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos com base naquele direcionamento”.¹⁵⁴

Correto, pois, o raciocínio de Ferraz Jr., segundo o qual o Poder Judiciário, como ente da Administração Pública, está sujeito ao chamado *princípio da não-surpresa*, outra designação que se pode dar ao princípio da confiança que o administrado/jurisdicionado, agindo com boa-fé, deposita na conduta da Administração/Judiciário, donde extrai legítimas expectativas. Trata-se aqui, portanto, da conjugação entre os princípios da segurança jurídica e da boa-fé¹⁵⁵, que garante não só respeito ao passado, como também às expectativas legítimas que o comportamento do Judiciário – através de reiteradas decisões tomadas num mesmo sentido – incutiu no íntimo dos jurisdicionados¹⁵⁶.

Há dispositivos de lei que preveem esse condicionamento da Administração Pública à confiança, a exemplo do art. 2º, p. único, XIII, da Lei n. 9.784/1999¹⁵⁷, e o art. 146 do Código Tributário Nacional¹⁵⁸.

Não bastasse isso, essa é a conclusão que se pode extrair do próprio princípio da irretroatividade das leis, conforme lição de Ferraz Jr.:

“Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. (...) A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”.¹⁵⁹

“Em síntese, a mencionada analogia significa que, assim como fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos

154. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

155. CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”, cit., p. 44.

156. No mesmo sentido, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Segurança jurídica e mudança de jurisprudência”. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 335.

157. Art. 2º, Lei n. 9.784/1999. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (acrescentamos o itálico)

158. Art. 146, CTN: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”. (acrescentamos o itálico)

159. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 11.

perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época, de regência, jurisprudência pretérita, de fato, constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial”.¹⁶⁰

O art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e o art. 11 da Lei n. 9.882/1999 já admitiam que o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade de ato normativo, atribuisse à sua decisão eficácia coerente com a repercussão política e social da decisão que viesse a proferir, podendo, para tanto, modular seus efeitos no tempo. Tal já era possível antes mesmo do advento dessas leis, conforme posicionamento adotado naquela Corte Suprema. Assim, é possível, partindo de um *raciocínio abdu-tivo*, proceder a uma *indução amplificadora* dos preceitos legais¹⁶¹, perquirindo-se o princípio que os informa. Vai-se perceber que eles se fundam no princípio da razoabilidade.

Vale frisar, inclusive, que a modulação de efeitos se originou em sede de controle incidental de constitucionalidade embora, na atualidade, o texto normativo refira-se apenas aos processos de controle concentrado (STF, 2ª T., RE n. 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, j. em 07.06.1974, publicado no DJ de 04.11.1974; STF, 2ª T., RE n. 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.08.1993, publicado no DJ de 08.04.1994). O STF, ao se utilizar dessa previsão normativa, baseia-se expressamente nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, que seriam violados pela aplicação retroativa do novo entendimento (STF, Pleno, MS n. 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.10.2007, publicado no DJe-241).

Com o advento do art. 927, §3º, CPC, conta-se com previsão expressa e genérica da possibilidade de *modulação dos efeitos* da decisão que altera a *jurisprudência dominante* dos tribunais superiores – o que deve se estender, obviamente, àquela que tenha sido sumulada, bem como do precedente oriundo do *juízo de casos repetitivos* e de *assunção de competência*, em nome da proteção do interesse social e da segurança jurídica¹⁶².

160. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 14. No mesmo sentido, CARRAZZA, Roque Antonio, “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”, cit., p. 45-46.

161. Expressões utilizadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 24).

162. O art. 896-C, §17.º, CLT, também dispõe sobre o *overruling* da decisão proferida em julgamento de recursos trabalhistas repetitivos, e do poder do tribunal de modular seus efeitos em nome da segurança jurídica (“§17.º Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica, caso em que será respeitada a segurança jurídica das relações firmadas sob a égide da decisão anterior, podendo o Tribunal Superior do Trabalho modular os efeitos da decisão que a tenha alterado”). Não custa repetir que esse dispositivo faz parte do microsistema de resolução de casos repetitivos, sendo aplicável, pois, ao processo civil (Cf. Enunciado n. 346 do FPPC).

Uma interpretação constitucional e sistemática dessa regra, com base na própria segurança jurídica e na boa-fé, impõe admitir que esse poder de modular a eficácia da decisão de *overruling* seja exercido quando estiver em jogo a alteração de qualquer precedente, jurisprudência ou enunciado de súmula, de qualquer tribunal, desde que tenha eficácia normativa¹⁶³.

Desse modo, se a alteração jurisprudencial puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo no intuito de respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados.

O grande problema e desafio na técnica da modulação de efeitos, seja no Brasil¹⁶⁴, seja em vários outros países¹⁶⁵, é a falta de padronização decisória ligada ainda à falta de uma argumentação detalhada nas decisões que modulam ou não as revogações de precedentes. Esse mesmo problema é percebido nas construções doutrinárias, que, em geral, sequer dialogam entre si para a construção de uma opinião comum, ou mesmo para que existam críticas recíprocas entre os estudiosos.¹⁶⁶ Todo esse panorama dificulta a utilização da técnica, gerando, para os jurisdicionados, um panorama em que os casos em que um posicionamento deve ou não ser modulado seja um tanto quanto lotérico.

Ravi Peixoto defende, a partir do texto normativo do CPC, que a referência à segurança jurídica abrange também o princípio da proteção da confiança e de que o interesse social atuaria apenas como aspecto de reforço à segurança jurídica.

Os elementos que devem ser considerados pelo Poder Judiciário na decisão de modulação de efeitos seriam: a) a demonstração de que o novo precedente seja capaz de surpreender os jurisdicionados que

163. Na mesma linha, COSTA, Marília Siqueira da. "As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC", cit., p. 398. Marília Siqueira cita o art. 521, que era o número que o art. 927 do CPC tinha na versão da Câmara dos Deputados; no Senado, o dispositivo foi transferido para a parte que regula o processo nos tribunais

164. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 195-205.

165. Em recente estudo comparativo, esta constatação também foi realizada em países como Alemanha, Bélgica, Áustria, Hungria, França, Reino Unido, Holanda e Israel. As exceções seriam a Corte de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em geral, possuem maior padrão decisório e maior seriedade na fundamentação. (POPELIER, Patrícia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix. *The effect of judicial decision in time: comparative notes*. POPELIER, Patrícia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 6).

166. Com esse destaque e também fazendo uma resenha das principais posições doutrinárias no direito brasileiro, cf.: PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 206-213.

tenham atuado de boa-fé, confiando na aplicação do antigo precedente; b) demonstração de prejuízo pela parte que teve o precedente favorável revogado; c) a possibilidade da atuação de algum direito fundamental apto a moldar a eficácia temporal do novo precedente, seja de forma retroativa ou prospectiva e d) a possibilidade de que a moldagem de situações de transição seja feita pelo Poder Legislativo.¹⁶⁷

Há de se perceber que existem diversas modalidades de eficácia temporal na revogação de precedentes. Assim, falar em *overruling* com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* não significa abarcar todas as possibilidades de eficácias temporais.

De acordo com a doutrina, são identificadas as seguintes eficácias:

a) aplicação retroativa pura, em que o novo entendimento abrange os fatos passados, inclusive aqueles relativos a decisões transitadas em julgado, com a possibilidade de utilização de ação rescisória;

b) aplicação retroativa clássica, em que o tribunal iria aplicar a sentença aos fatos ocorridos antes da formação do novo precedente, exceto aos que já transitaram em julgado;

c) aplicação prospectiva pura, quando o novo precedente aplica-se apenas aos fatos posteriores, sequer sendo aplicado às partes litigantes;

d) aplicação prospectiva clássica, aplicando-se apenas aos fatos novos, com a exceção das partes no caso concreto, abrangidos pelo novo precedente e

e) aplicação prospectiva a termo, em que o tribunal fixa uma data ou condição para a eficácia do precedente.¹⁶⁸

Percebe-se pelas diversas eficácias existentes para a revogação de precedentes, que, para além da dificuldade na padronização decisória da decisão de modulação, ainda existe o desafio de encontrar uma espécie de moldagem da eficácia temporal para cada caso.

A aplicação prospectiva pura tem o problema de, caso venha a se tornar a regra, de não incentivar que as partes venham a litigar para a mudança do precedente. Isso porque, mesmo que ela venha a alcançar a mudança, não será por ela beneficiada. Apenas litigantes habituais poderiam se beneficiar de situação semelhante,

167. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 213-217. No mesmo sentido, COSTA, Marília Siqueira da. "As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC", cit., p. 410. Marília Siqueira cita o art. 521, que era o número que o art. 927 do CPC tinha na versão da Câmara dos Deputados; no Senado, o dispositivo foi transferido para a parte que regula o processo nos tribunais

168. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 166-167.

por estarem envolvidos em situações semelhantes e que, em geral, continuarão a ocorrer. Problema semelhante ocorre na revogação prospectiva a termo.

A aplicação prospectiva clássica traz consigo uma questão problemática, pois apenas as partes litigantes serão beneficiadas pelo novo precedente. Assim, embora supostamente haja o incentivo a que as partes invistam na litigância que permite a mudança do precedente, em geral, se terá apenas o fator sorte que irá permitir essa fruição. Isso porque apenas o recurso em que houver a revogação do precedente será por ele beneficiado. Aos demais, mesmo que os fatos jurídicos tenham ocorrido no mesmo momento, será aplicado o entendimento anterior. Assim, tem-se a criação de um *discrímen* inadequado para permitir a fruição do novo precedente.

O que se percebe é que não há uma resposta única para a modalidade de eficácia temporal na revogação de precedentes. Cada uma das espécies possui vantagens e desvantagens. “O que se percebe é que cada caso e cada espécie de litigante pode permitir uma diferente conformação da eficácia temporal¹⁶⁹”. Por exemplo, enquanto litigantes habituais teriam maior capacidade de suportar uma eficácia temporal prospectiva pura, os litigantes eventuais não possuem essa aptidão e poderiam ser desencorajados a litigar pela mudança do precedente nessa hipótese, auxiliando a evolução do direito.¹⁷⁰

Há, por outro lado, uma técnica preparatória para a revogação de precedentes denominada de *signaling*. Por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-lo, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados. De acordo com a doutrina, uma das utilidades dessa técnica é a de servir à moldagem da eficácia temporal quando o precedente for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva.¹⁷¹

Antonio Cabral defende o uso da técnica do julgamento-alerta (anúncio público de possível alteração de entendimento) para preservar a confiança e estabelecer uma transição entre o entendimento atual e o novo. Para o autor, essa técnica distingue-se do *signaling*, porque, no julgamento alerta, haveria maior diálogo institucional e apenas a indicação da falta de consistência do precedente, ao contrário da sinalização, em que o precedente já seria tido como superado, mas não seria realizado para a preservação da segurança jurídica.¹⁷²

169. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 224.

170. PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 219-224.

171. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 341.

172. CABRAL, Antonio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 221, p. 39.

Essa técnica de sinalização de possível mudança de entendimento tem várias funções, como demonstra Cabral: a) os sujeitos não poderão mais alegar confiança no entendimento jurisprudencial até então vigente, que fica “sob suspeita”; b) os tribunais não mais poderão aplicar, a tais casos, técnicas processuais que tenham a estabilidade da jurisprudência como pressuposto; c) provocar novo debate público sobre o assunto, para que se demonstrem as razões para a manutenção do entendimento ou a sua superação; neste caso, as contribuições poderão vir de órgãos do mesmo tribunal, de outros tribunais, das partes, da doutrina e da sociedade em geral (pelos *amici curiae*), cf. art. 927, §2º, CPC.¹⁷³

Nesse sentido, o enunciado n. 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

5.3.6. Anticipatory overruling

Há o *anticipatory overruling*, espécie de não-aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, indica uma alteração no seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado¹⁷⁴. Essa técnica não deve ser confundida com a não aplicação do precedente pela sua mera discordância quanto ao mérito. Assim, em sendo aplicável o precedente, e não sendo a hipótese do *anticipatory overruling*, tratar-se-á de decisão em *error in iudicando* ou *in procedendo*.¹⁷⁵

Exemplo típico disso se dá nas hipóteses em que um juízo monocrático ou tribunal inferior deixa de aplicar enunciado da súmula, “quando o tribunal superior já deu sérias mostras de que está prestes a revogar ou cancelar súmula”¹⁷⁶. Não há, em casos tais, uma *revogação antecipada* propriamente dita, inclusive pela ausência de competência para tanto, mas sim uma antecipação, com base em juízo de probabilidade, de um efeito da revogação, que é a não-aplicação do precedente.

É importante perceber que a fundamentação dessa técnica não está relacionada com uma anterior revogação do precedente pela Corte superior, mas sim, no

173. CABRAL, Antonio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência”, cit., p. 13-47. Com um ponto de vista mais crítico em relação à referida técnica, cf.: MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 409-411; PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*, cit., p. 149-153.

174. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 179-180; KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. Fordham Law Review, 1982, p. 53.

175. MACÊDO, Lucas Buril de. “O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 237, p. 391.

176. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 418.

sentido de que ele ainda é supostamente válido, mas que, por diversos motivos, tende a ser modificado, conforme por ela sinalizado, não mais devendo ser aplicado por não estar em consonância com a atual tendência do tribunal superior.

Assim, trata-se de uma espécie de exercício de previsibilidade exercido pelos tribunais inferiores e pelos juízes monocráticos.¹⁷⁷ O seu objetivo é o de contribuir com a evolução do direito e permitir o aumento da flexibilidade do *stare decisis*, uma vez que, por vezes, o acesso aos tribunais superiores, com competência para realizar a revogação é por demais restrita.¹⁷⁸

5.3.7. *Overriding*

É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*.

Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.¹⁷⁹

Para que se compreenda o instituto, é preciso perceber que o entendimento novo não tem por objeto a exata questão de direito de que trata o posicionamento núcleo do precedente judicial, mas nela influencia, pois reduz as hipóteses fáticas de sua incidência. No *overruling*, por outro lado, a alteração é da própria *ratio decidendi*, que é superada, construindo-se uma nova norma jurisprudencial, para substituí-la.

O *overriding* não implica a substituição da norma contida no precedente, entretanto, um novo posicionamento restringe sua incidência. Marinoni sugere, inicialmente, uma aproximação com a revogação parcial, mas logo afirma não se tratar exatamente de uma revogação, pois o precedente continua vigente, em que pese o resultado da decisão não ser compatível com a totalidade do precedente¹⁸⁰. Em seguida, sustenta que, em verdade, sua aproximação maior é com a técnica do *distinguishing*.

Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no, *distinguishing* uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente

177. PEIXOTO, Ravi; ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 236, p. 289.

178. PEIXOTO, Ravi; ATAIDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Flexibilidade, *stare decisis* e o desenvolvimento do *anticipatory overruling* no direito brasileiro, cit., p. 293-296.

179. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 297.

180. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. cit., p.348

relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida.

É importante distinguir ainda entre *overruling* e *reversal*. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão somente a *reforma*, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão *ad quem* altera o entendimento firmado pelo órgão *a quo*. O *reversal* não configura, pois, uma técnica de superação do precedente, mas apenas uma técnica de controle.¹⁸¹

6. A “SÚMULA VINCULANTE”

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o art. 103-A ao texto da Constituição Federal¹⁸², permitindo ao Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar enunciado sumular com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O regime jurídico da assim chamada “súmula vinculante”¹⁸³ está disposto no *caput* e nos parágrafos do próprio art. 103-A da Constituição e na Lei n. 11.417/2006.

Eis as principais características do regime jurídico da súmula vinculante.

a) *Efeito vinculante*. A principal característica do enunciado sumulado de que ora se fala consiste em que ele possui efeito vinculante em relação, obviamente, ao próprio Supremo Tribunal Federal, e aos demais órgãos do Poder Judiciário, mas também à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito dentro do prazo de dez dias após a sessão em que foi ele aprovado (art. 2º, § 4º, Lei n. 11.417/2006). Mas é possível que o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir

181. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 153.

182. Art. 103-A do CF/88: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

183. A terminologia não é a mais adequada, visto que Súmula é o nome que se dá ao repositório que consolida os enunciados que refletem o entendimento predominante num determinado tribunal. Assim, o correto é fazer-se referência ao “enunciado n. X da Súmula do entendimento predominante do tribunal Y”. Feito o alerta, lançaremos mão da nomenclatura súmula vinculante apenas porque já está, de certa forma, e ainda que equivocadamente, arraigada na praxe acadêmica e judiciária.

de um momento posterior, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º, Lei n. 11.417/2006). Como se vê, é possível que o STF module os efeitos do enunciado sumular, postergando sua eficácia vinculativa para o futuro.

Como decorrência do efeito vinculante do enunciado, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, sem prejuízo de outros recursos ou meios admissíveis de impugnação. Julgando procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, §3º, CF; art. 7º, Lei n. 11.417/2006; art. 988, IV e §4º, e art. 992, CPC).

Diz o art. 7º, §2º, da Lei n. 11.417/2006, que, contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Ainda tratando da reclamação constitucional contra ato ou omissão da administração pública que viole enunciado de súmula vinculante, diz o art. 64-B, da Lei n. 9.784/1999, que, uma vez acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso administrativo, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre reclamação, no v. 3 deste *Curso*.

b) Objeto. Somente se admite a edição de enunciado sumular com eficácia vinculante que tenha por objeto a interpretação ou a verificação da validade ou da eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, §1º, CF; art. 2º, §1º, Lei n. 11.417/2006). Importante destacar que só se admite a edição de enunciado vinculante sobre *matéria constitucional* (art. 103-A, *caput*, CF; art. 2º, *caput*, Lei n. 11.417/2006).

c) Competência. A princípio, somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para editar as súmulas vinculantes propriamente ditas, previstas no art. 103-A, CF, e na Lei n. 11.417/2006. Conquanto não possam editar estes enunciados com força vinculante, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares podem propor ao STF a edição de súmulas vinculantes (art. 3º, XI, Lei n. 11.417/2006).

d) Revisão ou cancelamento da súmula vinculante. A súmula vinculante não tem, por óbvio, a pretensão de viger eternamente. O entendimento nela cristalizado pode ser revisado ou mesmo superado. Isso pode ocorrer, por exemplo, se for revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante

(art. 5º, Lei n. 11.417/2006). Assim, o legislador brasileiro prevê expressamente a possibilidade de o próprio STF proceder ao *overruling* (superação/cancelamento) ou ao *overriding* (revisão/revogação parcial) de um seu enunciado vinculante.

Considerando que a súmula vinculante também tem efeitos obrigatórios para o próprio STF e que o legislador fez previsão da possibilidade e do procedimento adequado à superação/revisão das súmulas vinculantes, parece-nos que, no Brasil, não se pode falar em *implied overruling*, isto é, em cancelamento/superação implícita de súmula vinculante, mas apenas de *express overruling*, ou seja, cancelamento/superação expressa, mediante devido processo legal previamente estabelecido. Nada impede, porém, que, diante de um caso concreto e ainda que ele não se conforme exatamente à situação que deu ensejo à edição da súmula vinculante, o STF restrinja ou amplie os efeitos da súmula, através das técnicas do *restrictive distinguishing* ou do *ampliative distinguishing*, respectivamente.

Considerando que a decisão que cancela ou que revê súmula vinculante exige o mesmo quórum da decisão que edita o enunciado com força obrigatória (art. 103-A, *caput*, CF; art. 2º, §3º, Lei n. 11.417/2006), é natural concluir que a decisão de revisão ou cancelamento também tem, por óbvias razões, efeito vinculante, obrigando não só o próprio STF como também os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Desse modo, feita a revisão ou cancelada a súmula, nenhum outro órgão do Poder Público poderá aplicá-la ou, pelo menos, aplicá-la com a redação antiga. Por extensão, pode o STF, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, modular, também aqui, os efeitos da decisão de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante, tal como previsto no art. 4º, Lei n. 11.417/2006, postergando-os para o futuro.

e) *Iniciativa*. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante pode ter início de ofício ou por provocação. De acordo com o §2º do art. 103-A da Constituição Federal, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

Assim, a Lei n. 11.417/2006 estabeleceu quem pode propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º): (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) o Procurador-Geral da República; (v) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (vi) o Defensor Público-Geral da União; (vii) partido político com representação no Congresso Nacional; (viii) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; (ix) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (x) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (xi) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais

Eleitorais e os Tribunais Militares. Afora isso, de acordo com o §1º do art. 3.º da referida lei, “o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

e) *Procedimento*. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante está regulamentado na Resolução STF n. 381/2008, publicada no DJE de 31.10.2008, e na Resolução STF n. 388/2008, publicada no DJE de 10/12/2008.

Segundo as Resoluções 381 e 388/2008, recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias. A petição contendo a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é autuada, no STF, como Proposta de Súmula Vinculante (PSV). A possibilidade de manifestação de interessados atende ao disposto no art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417/2006, e tem por objetivo ampliar, no âmbito social, a discussão acerca do conteúdo da proposta, no intuito de conferir maior legitimidade democrática à normatização empreendida pela Suprema Corte¹⁸⁴. É mais um caso de intervenção de *amicus curiae* (sobre o tema, cf. o v. 1 deste *Curso*).

Escoado o prazo para manifestação de possíveis interessados, os autos devem ser encaminhados à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta (art. 1º). Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta. Vale observar que o Procurador-Geral da República, à exceção dos casos em que seja ele o autor da proposta, deve ser previamente ouvido (art. 1º, §2º, LF 11.417/2006), colhendo-se a sua manifestação na própria sessão plenária (art. 3º, Res. 388/2008).

Ressalvada a votação da proposta, que ocorre em plenário, todos os atos do procedimento são processados eletronicamente e as informações devem ficar disponíveis aos interessados no *site* do STF (art. 4º, Res. 388/2008).

184. Trata-se de uma das manifestações, no Brasil, da técnica de interpretação pluralista e procedimental da Constituição pensada por Peter Häberle. Segundo o autor alemão, a interpretação constitucional não pode ficar adstrita aos chamados “órgãos oficiais”; antes, deve ser aberta a toda a comunidade, ao pluralismo de ideias, a fim de que possa alcançar resultados mais consentâneos com a realidade. E assim o diz por reconhecer que todas as pessoas que vivem no contexto da norma são, direta ou indiretamente, destinatários dela e, por isso, devem ser vistos como participantes ativos no processo hermenêutico (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997 (reimpressão, 2002), p. 13).

Coisa julgada

Sumário • 1. Coisa julgada – noção. Efeito negativo e positivo da coisa julgada – 2. A coisa julgada como efeito jurídico – 3. Pressupostos para a formação da coisa julgada – 4. Fundamento constitucional da coisa julgada – 5. Coisa julgada formal – 6. Coisa julgada e tríplice identidade – 7. Regimes de formação da coisa julgada: coisa julgada *pro et contra*, *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* – 8. Coisa julgada e negócios processuais – 9. Limites objetivos da coisa julgada: 9.1. Generalidades; 9.2. Revisão de noções sobre a teoria da cognição judicial: 9.2.1. Questão principal e questão incidental; 9.2.2. Conceito de mérito (objeto litigioso) – visão tradicional; 9.2.3. Conceito de mérito (objeto litigioso) – posição adotada – o exercício do contradireito pelo réu; 9.3. Questão principal expressamente decidida; 9.4. Decisão de mérito; 9.5. Coisa julgada parcial. A ação rescisória contra coisa julgada parcial; 9.6. Decisões de conteúdo processual e coisa julgada; 9.7. Incidentes processuais e coisa julgada; 9.8. Extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais: 9.8.1. Conceito de questão prejudicial; 9.8.2. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida; 9.8.3. Questão prejudicial incidental expressamente decidida e efeito devolutivo do recurso; 9.8.4. Dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada: coisa julgada relativa à solução da questão principal e coisa julgada relativa à solução da questão prejudicial incidental; 9.8.5. Impedimentos à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental: 9.8.5.1. Objeção de impertinência; 9.8.5.2. Objeção de ausência de contraditório; 9.8.5.3. Objeção de incompetência; 9.8.5.4. Objeção de cognição insuficiente; 9.8.6. Alegação das objeções à extensão da coisa julgada à prejudicial incidental; 9.8.7. Instrumento para o controle da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; 9.8.8. Questão prejudicial principal; 9.8.9. A sobrevivência da ação declaratória incidental; 9.8.10. Ação declaratória autônoma; 9.8.11. Direito transitório; 9.9. Questões cuja resolução não se torna indiscutível pela coisa julgada – 10. Limites subjetivos da coisa julgada: 10.1. Regra geral; 10.2. Hipóteses de extensão da coisa julgada a terceiros; 10.3. Coisa julgada e obrigações solidárias (art. 274 do Código Civil) – 11. Eficácia preclusiva da coisa julgada – 12. Limites temporais da coisa julgada: 12.1. Generalidades; 12.2. Coisa julgada e relações jurídicas de trato continuado (art. 503, I); 12.3. Instrumentos de controle da coisa julgada; 12.4. Teoria da relativização atípica da coisa julgada – 13. Coisa julgada e ações concorrentes.

1. COISA JULGADA – NOÇÃO. EFEITO NEGATIVO E POSITIVO DA COISA JULGADA

O art. 502 do CPC pretendeu definir coisa julgada.

Primeiramente, considera a coisa julgada uma “autoridade”. “Autoridade” é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.

Na segunda parte, o art. 502 do CPC preceitua os dois corolários dessa autoridade: a decisão torna-se indiscutível e imutável.

A indiscutibilidade da decisão projeta-se, também, para fora do processo em que proferida – também, porque, sendo admitida a coisa julgada parcial, examinada mais à frente, é possível que, de um mesmo processo, surja mais de uma coisa julgada.

A indiscutibilidade opera em duas dimensões.

Em uma dimensão, a coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida novamente – a essa dimensão dá-se o nome de *efeito negativo* da coisa julgada. Se a questão decidida for posta novamente para a apreciação jurisdicional, a parte poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada sobre o assunto, a impedir o reexame do que fora decidido. A indiscutibilidade gera, neste caso, uma defesa para o demandado (art. 337, VII, CPC).

Na outra dimensão, a coisa julgada *deve ser observada*, quando utilizada como fundamento de uma demanda – a essa dimensão dá-se o nome de *efeito positivo* da coisa julgada. O *efeito positivo* da coisa julgada determina que a questão indiscutível pela coisa julgada, uma vez retornando como fundamento de uma pretensão (como questão incidental, portanto), tenha de ser observada, não podendo ser resolvida de modo distinto. O efeito *positivo* da coisa julgada gera a vinculação do julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo. Dois exemplos: a) na fase de liquidação de sentença, o juiz deve levar em consideração a coisa julgada formada na fase de conhecimento – não pode decidir contra o que já fora decidido, dizendo, por exemplo, que não existe a dívida; b) em ação de alimentos lastreada em coisa julgada de filiação, o juiz não pode negar os alimentos, sob o fundamento de que não existe o vínculo de família – pode negar os alimentos, mas não por esse fundamento, pois sobre a existência de filiação já há coisa julgada. A indiscutibilidade gera um direito adquirido que, sendo fundamento de outro, deve ser observado pelo órgão julgador.

“O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda”.¹

“Imagine-se que as partes em um dado processo – digamos, em uma ação confessória de servidão – hajam controvertido tanto a condição de proprietário dos prédios litigiosos quanto a existência propriamente dita do alegado direito real. Se a sentença reconhecer a procedência da ação, condenando o réu a tolerar o exercício do direito à servidão, não poderá o autor, por exemplo, numa demanda posterior que o réu primitivo lhe mova para exigir-lhe a construção de obras necessárias ao exercício da servidão, afirmar que ela não existe, quando sua existência fora determinada pela sentença anterior”.²

-
1. SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 500.
 2. SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 5ª ed., v. 1, cit., p. 500.

Além de indiscutível, a coisa julgada é *imutável* – não pode ser alterada. A imutabilidade da coisa julgada é a regra. Mas há hipóteses em que a coisa julgada pode ser revista ou desfeita – o tema será examinado mais à frente.

2. A COISA JULGADA COMO EFEITO JURÍDICO

A coisa julgada é um efeito jurídico, como se afirmou no item anterior.

Dizer que a coisa julgada é um *efeito jurídico* não é o mesmo que dizer que a coisa julgada é um *efeito da decisão*. A coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos. A coisa julgada é um efeito jurídico que decorre da lei, que toma a decisão como apenas um de seus pressupostos³. A decisão não é o fato jurídico da coisa julgada, que, por isso, não é efeito dela; a decisão *compõe* o fato jurídico da coisa julgada, como será visto no item seguinte.

Houve uma grande discussão doutrinária sobre se a coisa julgada seria um efeito da decisão, uma “qualidade” dos efeitos da decisão (posição tradicional defendida por Liebman e encampada por boa parte dos processualistas brasileiros, sobretudo de São Paulo, onde a influência do processualista é mais notável)⁴ ou uma “qualidade” do conteúdo da decisão.

“Qualidade” é um atributo que uma norma jurídica confere a algum fato; assim, “qualidade” é, necessariamente, um efeito jurídico – não adianta alterar o rótulo.

Discute-se sobre o quê recai a coisa julgada: a) sobre o elemento declaratório da decisão (concepção de origem alemã, desenvolvida por Hellwig, Rosenberg etc. e adotada no Brasil por Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva, Araken de Assis etc.); b) sobre os efeitos da decisão, como defende Liebman; c) sobre o conteúdo da decisão, não apenas o declaratório, como defende José Carlos Barbosa Moreira – aliás, há celebre polêmica sobre o assunto travada entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva, com vários textos produzidos por esses autores.

A coisa julgada não torna indiscutíveis os efeitos da decisão⁵.

A coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão – como está claro nos arts. 502 e 503 do CPC. Para uns, indiscutível e imutável é a declaração; para outros, a declaração, constituição ou condenação. Sendo certo que na constituição e

3. TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 45.

4. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

5. Com longas e irresponsáveis considerações, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. *Temas de Direito Processual*. 3ª. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

na condenação também há declaração, a discussão, embora teoricamente relevante, perde um pouco da importância e, em alguns momentos, apresenta sutilezas de difícil compreensão. A polêmica é intensa e a sua análise escapa aos limites deste *Curso*⁶.

Adota-se o entendimento segundo o qual a coisa julgada torna indiscutível e imutável a norma jurídica concreta definida na decisão judicial⁷. Torna-se indiscutível e imutável, por exemplo, que: a) determinado documento é falso; b) certa relação jurídica não existe; c) a interpretação que se deve dar a uma cláusula contratual é aquela definida na decisão; d) João deve a José dez mil reais; e) o contrato é nulo; f) Francisco é um interdito sujeito à curatela; f) a sentença foi rescindida; g) Bráulio deve construir o muro para Eduardo etc.

Para compreender a coisa julgada, é preciso partir da premissa de que a decisão é fonte de norma jurídica; a norma jurídica concreta que decorre de uma decisão pode tornar-se indiscutível e imutável a partir de determinado momento; quando isso acontecer, há o fenômeno da coisa julgada.

3. PRESSUPOSTOS PARA A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA

Já se disse que a coisa julgada é um efeito jurídico. Como efeito jurídico, decorre de um fato jurídico, que, no caso, é composto. A coisa julgada é resultado da combinação de dois fatos: a) uma decisão jurisdicional fundada em cognição exauriente; b) o trânsito em julgado.

a) O art. 502 do CPC põe como pressuposto da coisa julgada a existência de uma decisão de mérito. Sucede que é possível vislumbrar a coisa julgada em decisões que não sejam de mérito, conforme será visto em item mais à frente.

Por isso, preferimos dizer que o pressuposto para a coisa julgada é a existência de uma decisão jurisdicional, pois somente a jurisdição pode adquirir esse tipo de estabilidade jurídica.

A decisão judicial apta à coisa julgada deve fundar-se em cognição exauriente. Decisões proferidas em cognição sumária – decisões provisórias (arts. 294-311, CPC) – não estão aptas à coisa julgada. A coisa julgada é uma estabilidade que pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão. Por isso, uma decisão que concede liminarmente uma tutela provisória não tem aptidão para a formação da coisa julgada.

Observe que o art. 502 do CPC menciona “decisão”, designação genérica. O art. 467 do CPC-1973 valia-se do termo “sentença”, que poderia ser compreendido como

6. Recomenda-se a leitura de duas teses, produzidas pelo que há de melhor na doutrina brasileira contemporânea, que examinam exaustivamente o tema: TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, cit., p. 110.

uma espécie de decisão. A alteração promovida pelo CPC-2015 não decorreu do acaso. O Código encampa claramente a possibilidade de uma decisão interlocutória tornar-se indiscutível pela coisa julgada. Além disso, decisão de relator e o acórdão, que não são sentenças, também possuem aptidão para a coisa julgada. Por isso, foi correta e oportuna a opção pela designação genérica.

b) O segundo pressuposto da coisa julgada é o trânsito em julgado. Para que haja coisa julgada, é preciso que contra a decisão não caiba mais recurso, qualquer recurso, ordinário ou extraordinário – “não mais sujeita a recurso”, de acordo com o texto do art. 502.

É importante registrar que a interposição intempestiva de um recurso não impede o trânsito em julgado. O CPC parece ter encampado essa conclusão, como se vê do §3º do art. 1.029. Dispositivo semelhante é o §11 do art. 896 da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.015/2014. Também não impede o trânsito em julgado a oposição de terceiros embargos declaratórios, quando os dois primeiros foram considerados protelatórios (art. 1.026, §4º).

4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

A coisa julgada é uma concretização do princípio da segurança jurídica. A coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, consolidando um “direito adquirido” reconhecido judicialmente.

Há, ainda, uma dimensão objetiva de proteção da segurança jurídica que se relaciona à coisa julgada: a coisa julgada é inviolável por lei; a inviolabilidade da coisa julgada por lei posterior é um direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF/1988).

5. COISA JULGADA FORMAL

Coisa julgada formal é uma categoria doutrinária. Para a parte majoritária da doutrina, coisa julgada formal se refere à indiscutibilidade e à imutabilidade de uma decisão *no âmbito do processo em que proferida*. É uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida.

Neste sentido, coisa julgada formal é uma espécie de preclusão, a que se sujeita qualquer decisão – inclusive aquela que não pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada (material). Coisa julgada formal é, então, o trânsito em julgado, um dos pressupostos para a formação da coisa julgada. Essa é a acepção que mais frequentemente aparece na literatura jurídica processual, embora com críticas severas⁸.

8. MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 203;

A Constituição da República e o Código de Processo Civil mencionam apenas “coisa julgada”; não se valem da designação “coisa julgada formal”, que é, como dito, uma construção doutrinária. Com o significado de espécie de preclusão, coisa julgada formal é designação pouco útil e dúbia.

Há, porém, uma proposta recente de reconstrução do conceito de “coisa julgada formal”. Luiz Eduardo Mourão compreende a coisa julgada formal como a autoridade que torna indiscutível e imutável as decisões de conteúdo processual; coisa julgada material tornaria indiscutível e imutável decisões de mérito; coisa julgada formal e coisa julgada material projetam-se para fora do processo em que a decisão fora proferida; não haveria distinção entre elas; a distinção seria entre os respectivos objetos⁹.

Se ao tempo do CPC-1973 essa concepção poderia ser acusada de isolada ou excêntrica, embora a ela nos tenhamos filiado, com o CPC-2015 ela se revela fundamental e, em certo sentido, visionária, pois ajuda a compreender o art. 486, §1º, CPC. Sobre a coisa julgada das decisões processuais, ver sub-item no item dedicado aos limites objetivos da coisa julgada.

6. COISA JULGADA E TRÍPLICE IDENTIDADE

Ao reger a objeção de coisa julgada – um dos efeitos da coisa julgada –, o §4º do art. 337 do CPC preceitua que “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”. O §2º do mesmo art. 337 esclarece que “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

Por isso, costuma-se dizer que, para a verificação da existência de coisa julgada, é preciso que haja a “tríplice identidade” entre os elementos da demanda.

O dispositivo deve ser interpretado com cautela.

É certo que a coisa julgada impede que se repita demanda já julgada. Mas pode acontecer de a repetição ocorrer, mesmo com partes diversas. Ou seja: pode haver coisa julgada sem tríplice identidade.

Seguem alguns exemplos.

No âmbito do processo coletivo, a verificação da coisa julgada prescinde da identidade de partes (basta a identidade de pedido e da causa de pedir). Nas causas

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 280-281.

9. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-108.

coletivas, há inúmeros colegitimados legalmente autorizados a atuar na defesa da mesma situação jurídica coletiva (mesmo direito), cuja titularidade pertence a um único sujeito de direito (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida (“o agrupamento humano”)¹⁰.

No plano das causas individuais, é desnecessária a identidade de partes nos casos de colegitimação ativa para a configuração da coisa julgada – ou seja, nos casos de litisconsórcio unitário facultativo ou legitimação concorrente, fenômenos relacionados à legitimação extraordinária¹¹.

Basta pensar na hipótese de legitimação extraordinária. Imagine que João proponha ação de alimentos contra José e vença, com coisa julgada; o Ministério Público não poderá propor novamente ação contra José, em razão de alimentos devidos a João. Não há identidade de autores, mas há coisa julgada: situação jurídica já foi resolvida definitivamente e a norma jurídica concreta (José deve alimentos a João) já se tornou indiscutível pela coisa julgada.

7. REGIMES DE FORMAÇÃO DA COISA JULGADA: COISA JULGADA *PRO ET CONTRA*, *SECUNDUM EVENTUM LITIS* E *SECUNDUM EVENTUM PROBATIONIS*

No direito brasileiro, há três diferentes modos de formação da coisa julgada.

Em primeiro lugar, há a regra geral: a coisa julgada forma-se *pro et contra*, independentemente do resultado do processo (do teor da decisão judicial). Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva está apta a

-
10. ASSIM, GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219; “Litispendência em acciones colectivas”. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia um Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrúa, 2003, p. 324; DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes; *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4, p. 15-158; MATTOS, Luiz Norton Baptista de. “A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos coletivos”. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007, p. 198; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 251; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007, p. 331; GODINHO, Robson Renault. “Notas sobre a litispendência no processo coletivo”. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 893-894; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, GABBAY, Daniela Monteiro, ALVES, Rafael Francisco e ANDRADE, Tathyana Chaves de. “Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (cônexão, continência e litispendência)”. *Tutela coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 192; WAMBIER, Teresa Arruda. “Litispendência em ações coletivas”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280-295. No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp n. 1.318.917/BA, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 12.03.2013, publicado no DJe de 23.04.2013.
11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294.

produzir coisa julgada. *Essa é a regra geral do nosso Código de Processo Civil*, decorrente dos arts. 502-503.

Em segundo lugar, há a coisa julgada *secundum eventum litis*, que é aquela que se forma em apenas um dos possíveis resultados do processo: procedência ou improcedência. Este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma *desigual*, colocando uma delas em posição de flagrante desvantagem, já que a coisa julgada dependerá do resultado do processo. É o caso da coisa julgada no processo penal: a sentença condenatória sempre pode ser revista em favor do réu. Não parece haver exemplo no processo civil.

É preciso evitar uma confusão comum.

Às vezes, a coisa julgada é *pro et contra*, mas a sua extensão a terceiros dá-se *secundum eventum litis*. É o que acontece na coisa julgada em ação proposta por credor solidário: é *pro et contra*, mas somente se estende aos demais credores se favorável (art. 274 do Código Civil). É também o que acontece na coisa julgada coletiva: é *pro et contra*, mas somente se estende ao plano individual se favorável ao indivíduo (art. 103, Código de Defesa do Consumidor).

Em terceiro lugar, há a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que é aquela que só se forma em caso de esgotamento das provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. São exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: a) a coisa julgada coletiva (art. 103, CDC); b) coisa julgada na ação popular (art. 18 da Lei n. 4.717/1965); c) coisa julgada no mandado de segurança, individual ou coletivo (art. 19 da Lei n. 12.016/2009).

O STF admitiu a renovação de demanda de investigação de paternidade, que havia sido anteriormente rejeitada por ausência de provas. Consagrou, então, um caso de *relativização atípica da coisa julgada*. Mesmo sem dizer isto expressamente, o STF considerou como *secundum eventum probationis* a coisa julgada na investigação de paternidade (RE n. 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02.06.2011).

8. COISA JULGADA E NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O art. 190 do CPC é uma cláusula geral de negociação sobre o processo. A partir dele, é possível a celebração de negócios processuais atípicos.

Conforme sistematização feita por Eduardo José da Fonseca Costa (em proveitoso debate travado eletronicamente com um dos autores deste *Curso*), é possível

conceber cinco negócios jurídicos *em torno* da coisa julgada – *nem todos são sobre a coisa julgada, mas todos giram em torno dela*.

a) *negócio jurídico para rever, rescindir ou invalidar a decisão transitada em julgado*: esse negócio não é permitido, pois as partes não podem desfazer, negocialmente, um ato estatal; não podem desfazer consensualmente uma declaração judicial.

b) *negócio jurídico sobre os efeitos da decisão*: trata-se de negócio permitido; é possível renúncia ao crédito reconhecido judicialmente, as partes podem transigir a respeito desse mesmo direito; nada impede que pessoas divorciadas voltem a casar-se entre si etc.

c) *negócio jurídico sobre exceptio rei iudicatae*: trata-se de pacto para que a parte não alegue a objeção de coisa julgada. A parte renuncia ao direito de opor a coisa julgada, em eventual demanda que lhe seja dirigida.

d) *negócio sobre o direito à rescisão*: as partes renunciam ao direito à rescisão da decisão, à semelhança do que podem fazer com o direito ao recurso. Trata-se de negócio lícito, sendo o direito disponível. Rigorosamente, esse negócio não é processual: abre-se mão do direito potestativo material à rescisão da decisão. Trata-se de negócio permitido.

e) *negócio jurídico para afastar a coisa julgada*. É possível, com base no art. 190, que as partes afastem a coisa julgada. As partes resolvem que determinada questão pode ser novamente decidida, ignorando a coisa julgada anterior. Nesse caso, o acordo impede que o juiz conheça de ofício a existência da coisa julgada anterior.

Eduardo José da Fonseca Costa discorda deste entendimento – o único ponto de nossa discordância; para o autor, este acordo é ineficaz, pois as partes estariam dispondo de poder do juiz (o poder de conhecer de ofício da existência da coisa julgada)¹².

A grande utilidade dos negócios processuais é, exatamente, diminuir ou eliminar o poder do órgão jurisdicional. Pense-se na desistência da demanda, negócio unilateral; a desistência tira do juiz o poder de decidir o mérito da causa; na desistência do recurso, idem; no acordo para escolha do perito, que tira do juiz o poder de designá-lo; no acordo para não realização da perícia, que retira do juiz a possibilidade de determinar a perícia de ofício; no foro de eleição, que altera uma situação jurídica do juízo (a competência); na convenção de arbitragem, que retira do Estado-juiz o poder de julgar etc.

12. Também não admitindo o acordo processual de ignorar coisa julgada anterior, GIUSSANI, Andrea. "Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 211, p. 108.

No caso específico, o poder de controlar *ex officio* a existência de coisa julgada é, realmente, do órgão jurisdicional, mas ele o exerce para a solução de um problema concreto que lhe foi submetido, e não em benefício ou interesse próprio; não há interesse do juiz (estado-juiz, *rectius*) a ser tutelado; como todo poder, deve estar vinculado ao exercício de alguma função; no caso, a função jurisdicional. Este poder serve para evitar a discussão de algo que já foi discutido, de modo a garantir o respeito às decisões estatais e a duração razoável do processo.

Mas se ambas as partes decidem colocar novamente a questão para o debate judicial, abdicando das situações jurídicas que lhe foram atribuídas pela coisa julgada anterior, e sendo a causa uma daquelas que admitem autocomposição, não há razão para, mesmo assim, o Estado-juiz recusar-se a julgar a causa. As partes conhecem a decisão anterior, não negam a sua existência, mas preferem apostar em nova decisão. Negar essa possibilidade parece-nos caso de recusa da prestação jurisdicional. Basta pensar que as partes poderiam tranquilamente levar essa mesma questão ao juízo arbitral, que também exerce a jurisdição. Por que não poderiam levar ao juízo estatal? Não conseguimos vislumbrar uma razão que justifique essa impossibilidade.

A coisa julgada é, rigorosamente, uma variação de direito adquirido: o direito reconhecido pela decisão se transforma em direito adquirido; além disso, a coisa julgada gera o direito a que ela seja observada (direito para ambas as partes, diga-se). Se esse direito permitir solução por autocomposição, nada impede que o seu titular dele abra mão – a ninguém será lícito duvidar da possibilidade de o credor renunciar a crédito reconhecido em decisão transitada em julgado; se é possível renunciar ao direito, tanto mais lícito será novamente torná-lo litigioso.

Esse acordo precisa ser expresso, porém. É que o silêncio do demandado, no caso, não pode ser interpretado como uma declaração negocial, já que o órgão jurisdicional pode conhecer *ex officio* a existência de coisa julgada (art. 485, §3º, CPC).

9. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

9.1. Generalidades

O art. 503 do CPC cuida dos limites objetivos da coisa julgada. Trata, portanto, de definir “o quê” se torna indiscutível pela coisa julgada.

A coisa julgada torna indiscutível a norma jurídica individualizada, construída para a solução de determinado caso.

Quando se afirma que a decisão terá “força de lei”, o que se pretende é deixar clara a impositividade da norma jurídica concreta definida pelo órgão julgador, e que se estabilizou pela coisa julgada.

9.2. Revisão de noções sobre a teoria da cognição judicial

9.2.1. Questão principal e questão incidental

Há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição; em relação às últimas, haverá também julgamento. Todas compõem o objeto de conhecimento do órgão julgador, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*).

As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a, *de regra*, ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada – ao menos não no regime comum, conforme será visto. Os incisos do art. 504 do CPC elucidam muito bem o problema: não fazem coisa julgada os motivos da sentença nem a verdade dos fatos. Note, porém, que isso é apenas *a regra*. Há um caso em que a resolução de uma questão incidental pode, preenchidos certos pressupostos, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. É o que pode acontecer com a questão prejudicial incidental: preenchidos os pressupostos dos §§1º e 2º do art. 503 do CPC, a resolução da questão prejudicial incidental fica imunizada pela coisa julgada material.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do julgamento. Em relação à resolução delas é que se fala, normalmente, em coisa julgada. É o que se retira do art. 503, *caput*, do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da *questão principal expressamente decidida*. A resolução da questão principal submete-se ao regime *comum* da coisa julgada – a resolução de questão prejudicial *incidental* submete-se ao regime *especial* de coisa julgada.

9.2.2. Conceito de mérito (objeto litigioso) – visão tradicional

A distinção entre questão *principal* e questão *incidental* é muito importante para que se possam confrontar os conceitos de objeto do processo e objeto litigioso do processo.

O objeto do processo é conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. Enquanto o objeto do processo abrange a totalidade das questões que estão sob apreciação do órgão julgador, o *objeto litigioso do processo* cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual. Enquanto o primeiro faz parte apenas do objeto da cognição do magistrado, o segundo é o objeto da decisão.

Discute-se muito sobre em que consiste o objeto litigioso: se ele é apenas o pedido ou se nele se inclui também a causa de pedir.

Segundo a *maior parte da doutrina*, o objeto litigioso do processo é o pedido – adotando a concepção de Schwab¹³. Há, porém, quem defenda que o objeto litigioso do processo é o pedido identificado com a causa de pedir¹⁴. Há uma tendência doutrinária de seguir esse entendimento, até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e de causa de pedir para a sua configuração (arts. 337, §§ 2º e 4º, e 508, CPC).

Note que, de acordo com esta concepção, também comporá o objeto litigioso do processo a demanda proposta pelo réu, por reconvenção ou pedido contraposto.

9.2.3. Conceito de mérito (objeto litigioso) – posição adotada – o exercício do contradireito pelo réu

A concepção tradicional, em qualquer das suas variações, é insuficiente.

A participação do réu na formação do objeto litigioso não se restringe ao caso em que ele apresenta uma demanda contra o autor – por reconvenção ou pedido contraposto.

Quando, em sua *defesa*, exerce um contradireito (direito que se exercita contra o exercício do direito do autor), como nos casos da compensação, exceção de contrato não cumprido, prescrição e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão. O contradireito é exercitado na contestação, e não por reconvenção. O juiz decidirá sobre a existência do contradireito; a existência do contradireito é, também, uma questão principal. O objeto litigioso, neste caso, passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu.

Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito pelo demandando (pedido + causa da exceção). O tema foi examinado no sobre a Teoria da Cognição Judicial, no volume 1 deste *Curso*, com todas as referências e argumentos.

A observação tem importante reflexo prático.

13. SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1968.

14. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 131; ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 116, nota 58.

A decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada. A não inclusão do contradireito exercido pelo réu no conceito de objeto litigioso gera uma situação esdrúxula: haverá uma espécie de direitos, que somente são exercidos como reação ao exercício do direito por outra pessoa, cuja apreciação jurisdicional não poderia tornar-se indiscutível pela coisa julgada – circunstância que, claramente, não condiz com os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Um exemplo para esclarecer. Imagine que o julgador rejeite o contradireito de compensar, por não preencher os pressupostos dos arts. 369-370 do Código Civil, na decisão de saneamento; a decisão transita em julgado; posteriormente, o processo se extingue sem resolução de mérito; a demanda é renovada; o réu novamente alega o contradireito de compensar; o autor, em réplica, poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada de que o réu não tem o direito de compensar, naquele caso.

Outro exemplo.

O art. 487, II, CPC, dispõe que a decisão é de mérito quando *decide* sobre a prescrição. Decidir sobre a prescrição é acolhê-la ou rejeitá-la.

Há, neste ponto, sutil diferença em relação ao correspondente do CPC-1973 (art. 269, IV), que mencionava apenas a decisão que *pronunciava* a prescrição; ou seja, que acolhia o contradireito – sem mencionar a hipótese de decisão que rejeita a prescrição, fato que levou parcela da doutrina a considerar como de mérito apenas a decisão que a acolhe.

A nova redação impede que se chegue a essa conclusão. A mudança do verbo não foi por acaso. A prescrição é exemplo de contradireito. A decisão que não acolhe a prescrição resolve parte do mérito da causa – a parcela relacionada à afirmação deste contradireito¹⁵.

9.3. Questão principal expressamente decidida

A coisa julgada recai sobre a questão *expressamente* decidida.

O advérbio “expressamente” é uma novidade do CPC; serve para reforçar a regra de que não há coisa julgada implícita – ou seja, não há coisa julgada do que está implícito na decisão ou do que não foi decidido.

O esclarecimento é oportuno, pois evita construções teóricas como a consagrada no enunciado n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando

15. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. “Contradireitos, objeto litigioso do processo e im procedência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, v. 223, p. 87-100.

omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”. A propósito, esse enunciado deve ser cancelado, tendo em vista o disposto no §18 do art. 85 do CPC.

9.4. Decisão de mérito

Decisão de mérito apta à coisa julgada pode ser interlocutória, sentença, decisão unipessoal de relator ou acórdão. Não por acaso os arts. 502 e 503 falam em “decisão”, que é gênero.

A aptidão de a decisão interlocutória poder versar sobre o mérito é expressamente prevista no CPC: arts. 354, par. ún., 356 e 1.015, II.

Discute-se muito a ocorrência de coisa julgada material da decisão que concede tutela cautelar ou decisão proferida no processo de execução. Não examinaremos, neste momento, a controvérsia. Sobre a coisa julgada cautelar, ver, neste volume do *Curso*, o capítulo sobre tutela provisória – a opinião deste *Curso* é favorável à existência de uma coisa julgada cautelar. No v. 5, examina-se o tema da coisa julgada em execução e o nosso posicionamento também é favorável.

Também somos favoráveis à existência de coisa julgada em jurisdição voluntária. O tema foi tratado longamente no v. 1 deste *Curso*.

Despachos são pronunciamentos judiciais sem conteúdo decisório e, por isso, insuscetíveis a se tornar indiscutíveis pela coisa julgada.

9.5. Coisa julgada parcial. A ação rescisória contra coisa julgada parcial

O CPC permite a prolação de decisões parciais, que são as que dizem respeito a apenas parcela do objeto litigioso. Há previsão expressa de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, CPC), de homologação de autocomposição parcial e de reconhecimento de decadência ou prescrição de um dos pedidos cumulados (art. 354, par. ún., CPC).

O CPC também permite a delimitação voluntária do objeto do recurso. O recurso pode direcionar-se contra apenas parte da decisão. Admite-se, enfim, recurso parcial (art. 1.002, CPC). A parte final do §1º do art. 1.013 é bem clara: “§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado”.

Há, então, a possibilidade de serem proferidas, ao longo do processo, várias decisões que possuem aptidão para tornar-se indiscutíveis pela coisa julgada. Um mesmo processo poderá produzir tantas coisas julgadas quantas tenham sido as

decisões que tenham sido proferidas e que possuam essa aptidão. Obviamente, cada decisão resolve uma determinada questão – não se trata de várias decisões sobre a mesma questão.

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

Já se chamou esse fenômeno de *coisa julgada progressiva*. Não me parece adequada a designação, pois leva a uma indevida percepção de que uma mesma coisa julgada se forma progressivamente, quando, na verdade, o que há é a formação de várias coisas julgadas em um mesmo processo, em momentos distintos e, muitas vezes, em juízos distintos.

Essa constatação parece ser absolutamente indiscutível, diante da clareza do texto normativo.

O art. 507 do CPC impede a rediscussão das questões decididas ao longo do processo, a cujo respeito se operou a preclusão. A regra impede a rediscussão, no mesmo processo, de questões já decididas. Não poderá a parte, durante a litispendência, rediscutir a coisa julgada relativa à parcela do objeto litigioso que já se tenha formado. Nesse sentido, o art. 507 também se aplica à coisa julgada.

Muito já se discutiu sobre a fluência do prazo da ação rescisória, nesses casos. Duas são as soluções possíveis: a) para cada coisa julgada começa a fluir um prazo de ação rescisória; b) haveria um único prazo de ação rescisória, para todas as coisas julgadas, contado do último trânsito em julgado.

Ao tempo do CPC-1973, o Superior Tribunal de Justiça encampou o segundo entendimento, que restou consagrado no ambíguo enunciado n. 401 da súmula da sua jurisprudência predominante: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Sabe-se a que se refere o enunciado pela análise dos precedentes que lhe serviram de esteio.

Essa não era, entretanto, a interpretação mais correta.

Se há coisa julgada com aptidão de autorizar execução definitiva, impedir a parte prejudicada de promover a ação rescisória é grave ofensa ao acesso à justiça. Para cada coisa julgada, um prazo de ação rescisória. Boa parte da doutrina caminhou nesse sentido¹⁶.

16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 353; CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação Rescisória, Biênio Decadencial e Recurso Parcial. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 88; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em

O Supremo Tribunal Federal, em *leading case*, admitiu coisa julgada parcial e contagem autônoma do prazo para a propositura de ação rescisória (1ª T., RE n. 666.589-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 25.03.2014). Aceitou a coisa julgada parcial inclusive no âmbito do processo penal (STF, Pleno, AP n. 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 13.11.2013). Também nessa linha é o enunciado n. 354 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação”.

O Tribunal Superior do Trabalho também consagrou esse entendimento: n. II do enunciado n. 100 da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho: “II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial”.

O CPC adotou uma postura *dúbia* em relação ao prazo para a ação rescisória. O art. 975 do CPC estabelece quando o direito à rescisão da sentença se extingue: dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

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

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

Diante da redação do *caput* do art. 975 do CPC, a discussão, agora, passará a ser outra: há mais de um prazo, um para cada coisa julgada, ou o prazo é único?

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

julgado e rescindibilidade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 373-375; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 382-387; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. “A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra as decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 224; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1, p. 745-746.

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

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

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

9.6. Decisões de conteúdo processual e coisa julgada

Os arts. 502 e 503 mencionam as decisões de mérito como aptas à coisa julgada. Reproduz, assim, velha regra da tradição brasileira.

O problema é que o CPC traz outras regras, que impõem uma nova compreensão do sistema da coisa julgada.

A decisão proferida com base no art. 485 do CPC não é uma decisão de mérito; por isso, não impede a repositura da demanda (art. 486, *caput*) – remetemos o leitor ao quanto se disse no v. 1 deste *Curso* a respeito do art. 486.

No §1º do art. 486, o legislador faz importante esclarecimento: “No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito”. Esses incisos referem-se a decisões que se fundam na *inadmissibilidade do processo*.

A extinção do processo por inadmissibilidade pressupõe um defeito processual que não foi corrigido. A inadmissibilidade é a invalidação do processo em razão de um seu defeito. O juízo de inadmissibilidade consiste, pois, na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve

definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte “escapar” à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados. O legislador, corretamente, exige que, para a repropositura da demanda, o defeito que deu causa à extinção do processo tenha sido sanado.

O dispositivo deve ser interpretado como se impusesse à decisão judicial uma cláusula semelhante à *rebus sic stantibus* – inserta em qualquer decisão que verse sobre relação jurídica não permanente. Se a petição foi reconhecida como inepta por falta de pedido (art. 485, I, c/c art. 330, § 1º, I, CPC), a repropositura da demanda somente será aceita se agora o pedido vier formulado; se à parte autora faltava legitimidade extraordinária (art. 485, VI, CPC), a repropositura somente será admitida se sobrevier a legitimidade que faltava; se a extinção se dera por falta de autorização conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração), a renovação da demanda somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação judicial.

O legislador torna a decisão de inadmissibilidade estável: reputa indiscutível a solução da questão processual que levou à extinção do primeiro processo. Essa estabilidade extrapola o âmbito do processo em que a decisão foi proferida. Re-posta a demanda, o juiz desse segundo processo fica vinculado à decisão sobre a questão processual: se o defeito não for corrigido, a nova demanda não será examinada. Se a decisão se torna indiscutível e se essa indiscutibilidade opera-se também para fora do processo, não há razão para não chamá-la de coisa julgada. Há, aqui, *coisa julgada* quanto à questão de admissibilidade, uma *coisa julgada processual*: determinada questão processual foi decidida e a sua resolução tornou-se indiscutível.

Tanto é assim que o legislador expressamente permite o ajuizamento de ação rescisória contra as sentenças previstas no § 1º do art. 486 (art. 966, § 2º).

Obviamente, essa coisa julgada, como qualquer outra, limita-se às questões processuais decididas, não atingindo outras questões processuais não examinadas nem a questão de mérito¹⁷.

Ora, o juízo de admissibilidade é uma decisão, tanto quanto o juízo de mérito; possuem, certamente, objetos distintos, mas isso não autoriza a conclusão de que aquele merece tratamento menos rigoroso. O órgão julgador faz dois juízos: um sobre o processo e outro sobre a relação jurídica discutida, sendo que o primeiro é preliminar ao segundo. A imutabilidade somente pode recair sobre aquilo que foi decidido – obviamente, na extinção do processo sem exame do mérito, não há

17. BENEUDZI, Renato Resende. “Prozessurteile e materielle Rechtskraft: sentenças terminativas e coisa julgada material no processo alemão”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229, p. 364.

preclusão sobre a questão de mérito, que não foi apreciada; mas pode haver preclusão quanto à admissibilidade do processo, que foi apreciada. Não há resolução de mérito, mas há resolução sobre o processo; há decisão, que estabelece um preceito, que precisa ser respeitado¹⁸.

A menção do *caput* do art. 503 às decisões de mérito deve ser interpretada em conjunto com o novo direito processual civil brasileiro, nada obstante reproduza entendimento consagrado, embora forjado num tempo em que o regramento da estabilidade das decisões processuais era bem diverso.

Pode-se, claro, dizer que a estabilidade decorrente do §1º do art. 486 não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen iuris* – é uma opção doutrinária legítima. Vale, aqui, sempre, a lição de Calmon de Passos sobre a coisa julgada cautelar, que não costuma ser reconhecida doutrinariamente: “É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito”¹⁹.

A estabilidade decorrente do §1º do art. 486 e a coisa julgada decorrente do art. 503 possuem o mesmo regime jurídico – o que as distingue é apenas o objeto que se torna indiscutível, consequência inevitável do fato de as decisões serem diferentes. A diferença existe entre as decisões que podem ser estabilizadas, e não entre as estabilidades.

O art. 503 do CPC deve ser interpretado como consagrador de *um* caso de coisa julgada (a coisa julgada de decisões de mérito), e não do *único* caso em que a coisa julgada ocorre.

9.7. Incidentes processuais e coisa julgada

É possível, também, cogitar *coisa julgada material* decorrente de decisões proferidas em *incidentes processuais*.

O incidente processual é procedimento que também tem o seu *objeto litigioso* (mérito), que, uma vez resolvido em *cognição exauriente*, pode dar ensejo à coisa julgada.

Em *primeiro* lugar, conferir a uma decisão estabilidade com o *status* da coisa julgada tem outros efeitos, além do impeditivo que lhe é natural: dar ensejo, por

18. Adotando expressamente esse entendimento, PEIXOTO, Ravi. “Breves considerações sobre a resignificação da coisa julgada formal e a sua eficácia extraprocessual”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 141, p. 83-95.

19. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 10, p. 237.

exemplo, à ação rescisória. Assim, é preciso admitir, *por exemplo*, ação rescisória de decisão em conflito de competência (*em sentido contrário*, STJ, AR n. 3.231-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.2.2007), que é incidente com *mérito* próprio (conflito entre órgãos jurisdicionais em torno da competência para julgar uma ou mais de uma causa), distinto do mérito principal, certamente, mas nem por isso menos habilitado à produção da coisa julgada material. Não se pode esquecer que a competência, embora normalmente uma questão preliminar processual, pode também ser uma questão de mérito²⁰.

O STJ já reconheceu a coisa julgada no incidente de descon sideração da personalidade jurídica (STJ, 4ª T., rel. Raul Araújo, j. em 25.06.2013, publicado no DJE de 29.08.2013).

Em *segundo* lugar, há incidentes que ampliam o objeto litigioso, como é caso do incidente de falsidade documental.

Em *terceiro* lugar, há incidentes que discutem questões que, a despeito de seu conteúdo processual, podem repetir-se em outro processo e, então, a coisa julgada que dele adviesse passaria a ter de ser observada. Veja o caso do incidente de suspeição ou impedimento, que veicula questão que, não obstante eminentemente processual, pode reaparecer em outro processo: p. ex., o mesmo juiz diante da mesma parte, cuja presença levara ao reconhecimento de sua *parcialidade*. Há coisa julgada sobre a (im)parcialidade do juiz²¹.

9.8. Extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais

9.8.1. Conceito de questão prejudicial

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu *ser*, mas no seu *modo de ser*²². A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (juiz) deve seguir.

Costuma-se dizer que as questões prejudiciais podem ser objeto de um processo autônomo – mas é preciso ter cuidado, pois nada impede que haja questões prejudiciais processuais (p. ex.: a concessão da gratuidade da justiça é prejudicial

20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A competência como questão preliminar e como questão de mérito”. In: *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100.

21. LIMA, Tiago Asfor Rocha. “Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

22. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 83.

ao conhecimento do recurso interposto sem preparo). São exemplos de questões prejudiciais: *a)* a validade do contrato, na demanda em que se pretende a sua execução; *b)* a filiação, na demanda por alimentos; *c)* a inconstitucionalidade da lei, na demanda em que se pretenda a repetição do indébito tributário etc.

A questão prejudicial pode ser principal ou incidental – *nem toda questão prejudicial é incidental*. Quando a questão prejudicial é o próprio objeto litigioso do processo (questão a ser resolvida *principaliter*), a doutrina costuma referir-se à causa prejudicial, ao invés de “questão prejudicial”, expressão que ficaria restrita à situação em que o exame da questão fará parte apenas da fundamentação da decisão – ou seja, quando a questão prejudicial é incidental.

A questão prejudicial pode ser *interna*, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, ou *externa*, quando está sendo discutida em outro processo. A distinção é relevante para fins de suspensão do processo (art. 313, V, “a”, CPC).

Tratando-se de questão prejudicial *interna*, é possível que sua resolução, como questão principal, não seja da competência do juízo do processo, ainda que este tenha competência para julgamento da questão principal subordinada. Nesse caso, três são as soluções possíveis: *a)* remessa de todo o processo para o juízo competente para o julgamento da questão prejudicial, que também teria a competência para o julgamento da prejudicada (como pode ocorrer com a aplicação do art. 947, do CPC); *b)* atribuição de competência ao juízo da causa para, incidentalmente, resolver a questão prejudicial (por exemplo: art. 93, §1º, do Código de Processo Penal); *c)* cisão de julgamento, com a remessa do exame da questão prejudicial para a resolução pelo juízo com competência exclusiva para a matéria tratada nesse julgamento incidental, retornando o processo, a seguir, ao juízo originário para a resolução da questão principal, de acordo com o que se houver decidido no incidente (é o que ocorre no incidente de inconstitucionalidade em tribunal: arts. 948-950 do CPC). A observação é importante, para fim de aplicação do regime jurídico da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental, previsto nos §§ 1º e 2º do art. 503.

9.8.2. Questão prejudicial expressa e incidentalmente decidida

A coisa julgada estende-se à solução da questão prejudicial incidental que tenha sido *expressamente* decidida na fundamentação da sentença (art. 503, §1º). A coisa julgada abrangerá, nesse caso, a resolução de questão que não compunha o objeto litigioso do processo.

A questão prejudicial, para o fim do §1º do art. 503 do CPC, é a relação jurídica ou a autenticidade/falsidade de documento²³ que se mostrem prejudiciais à solução

23. No sentido de que a solução dada à questão *de fato* prejudicial incidental não fica imunizada pela coisa julgada: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 230, p. 87-88.

da relação jurídica litigiosa. É, por exemplo, a relação de filiação, em uma ação de alimentos; é a relação contratual, em uma cobrança de contrato; é a relação de união estável, em uma ação em que se pleiteia pensão por morte; é a autenticidade/falsidade da escritura pública, em uma ação de invalidação de registro imobiliário. Questão prejudicial, aqui, é uma questão que poderia ser objeto de uma ação declaratória (art. 19, I e II, CPC).

A *ratio decidendi* não é questão prejudicial – a *ratio* é a tese jurídica que sustenta a decisão; como tese jurídica, não poderia se tornar indiscutível pela coisa julgada.

Não há problema algum com a criação de um regime especial de coisa julgada: trata-se de uma legítima opção legislativa, com nítido propósito de estabilizar a discussão em torno de uma questão que tenha sido debatida em contraditório, ainda que não seja questão principal. A doutrina já demonstrava a necessidade de romper o dogma de que a coisa julgada somente poderia recair sobre o objeto litigioso do processo²⁴.

A extensão da coisa julgada à questão prejudicial resolvida na fundamentação faz lembrar, por semelhança, a *issue preclusion* do direito estadunidense. “*Issue preclusion* é uma espécie do fenômeno *res judicata* que torna imutáveis e indiscutíveis as questões prejudiciais decididas em um processo”²⁵. Esse fenômeno, outrora designado *collateral estoppel*, impede a rediscussão, em outro processo, de uma mesma questão prejudicial incidental, de fato ou de direito, que tenha sido efetivamente controvertida e decidida num processo como etapa essencial para o julgamento do caso²⁶⁻²⁷.

24. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 376-509; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-81.

25. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 155.

26. PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*, cit., p. 157-168.

27. Escrevendo sobre o então Projeto do novo Código de Processo Civil, Antonio Gidi, José Maria Tesheiner e Marília Zanella Prates chegaram a dizer que “o direito brasileiro não deve adotar a coisa julgada sobre as questões prejudiciais”, sob o fundamento de que “nos raros casos em que a coisa julgada sobre questões terá alguma utilidade prática, a inovação não trará economia processual. Pelo contrário, a complexidade e o tempo de duração aumentarão tanto no primeiro processo, em que a questão será decidida pela primeira vez, quanto no segundo processo, em que a coisa julgada sobre aquela determinada questão vier a ser invocada” (GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. “Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 194, p. 129). É bem verdade que essa opinião foi construída sobre uma proposta de alteração legislativa bem diferente da que efetivamente vingou – e bem mais lacônica. O art. 490 do anteprojeto de novo Código de Processo Civil, apresentado em 2010, dizia apenas que a coisa julgada se estenderia às questões prejudiciais expressamente decididas, sem pormenorizar as hipóteses em que a resolução não estaria sujeita à coisa julgada. Mesmo, porém, diante do texto finalmente aprovado, parece que a opinião permanece, já que ela está calcada na premissa de que a discussão das hipóteses em que a própria coisa julgada não se opera (estando ou não previstas no enunciado normativo) tende a fazer com que o processo demore, tal como na experiência da *issue preclusion* norte-americana.

Essa extensão não depende de pedido da parte; dá-se automaticamente; há uma ampliação do objeto da coisa julgada por determinação legal. Nessa linha, o enunciado n. 165 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Independente-mente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada”. A coisa julgada, em qualquer dos seus regimes jurídicos, é efeito que decorre auto-maticamente da lei: não depende de um “dizer” do órgão julgador (“faça-se coisa julgada!”) ou de pedido da parte (“pede-se que essa decisão se torne indiscutível pela coisa julgada!”).

Assim, em ação de alimentos, a coisa julgada poderá estender-se à solução da prejudicial incidental de filiação; em ação de cobrança de contrato, a coisa julgada poderá estender-se à solução da prejudicial incidental de existência ou validade do contrato; em ação declaratória de interpretação de cláusula contratual, a coisa julgada estender-se-á à resolução da prejudicial incidental de existência ou validade do negócio; em ação de invalidação de registro imobiliário, a coisa julgada estender-se-á à declaração de falsidade da escritura pública.

9.8.3. Questão prejudicial incidental expressamente decidida e efeito devolutivo do recurso

Cabe ao recorrente impugnar a resolução da questão prejudicial incidental; se não o fizer, haverá preclusão. Embora se trate de questão resolvida na fundamentação, o interesse recursal existe, na medida em que essa questão pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada.

Questão prejudicial incidental decidida e que não tenha sido impugnada é questão preclusa – não poderá o tribunal, no julgamento do recurso, que porventura tenha outro objeto, reexaminá-la.

9.8.4. Dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada: coisa julgada relativa à solução da questão principal e coisa julgada relativa à solução da questão prejudicial incidental

Há dois regimes jurídicos distintos de coisa julgada, no processo civil brasileiro, que variam conforme o objeto da coisa julgada. Se a coisa julgada for relativa à resolução da questão principal (art. 503, *caput*), aplica-se o regime jurídico comum e tradicional, disciplinado em diversos artigos do CPC. Se a coisa julgada for relativa à resolução de prejudicial incidental, há uma diferença: o legislador impede a sua formação, em algumas situações previstas nos §§1º e 2º do art. 503, unicamente aplicáveis a esse regime de coisa julgada.

9.8.5. Impedimentos à extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental

Há fatos que impedem a extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental. Esses fatos são obstáculos a essa extensão da coisa julgada. Esses impedimentos estão previstos nos §§ 1º e 2º do art. 503 e são cumulativos (enunciado n. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

9.8.5.1. Objeção de impertinência

A coisa julgada não se estenderá à resolução de questão prejudicial de que não depender o julgamento do mérito (art. 503, §1º, I). Somente a questão prejudicial de cuja resolução dependa o julgamento do mérito pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada. Assim, a questão prejudicial resolvida como *obiter dictum* ou a que tenha conteúdo processual não se tornam indiscutíveis pela extensão da coisa julgada.

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, criticando a opção do CPC-1973 quanto à extensão dos limites objetivos da coisa julgada e expondo sua opinião *de lege ferenda*, afirma que a questão prejudicial cuja resolução pode fazer coisa julgada é aquela que serve como *fundamento necessário e determinante* do resultado do julgamento. No seu entendimento, “não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes do resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda”²⁸.

Isso constituiria uma espécie de coisa julgada *secundum eventum litis*: a resolução da prejudicial só faria coisa julgada se favorecesse o vencedor; nunca se lhe fosse desfavorável. A questão é relevante, logicamente consistente e merece reflexão mais demorada.

9.8.5.2. Objeção de ausência de contraditório

A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental pressupõe que tenha havido contraditório prévio e efetivo sobre essa questão prejudicial (art. 503, §1º, II). É fundamental lembrar que o contraditório efetiva-se com a garantia de participação no processo e o poder de influência – o conjunto de direitos processuais que permitem que a parte convença o órgão julgador sobre a procedência de suas alegações.

28. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., p. 69.

Não haverá a referida extensão se a questão prejudicial for trazida *ex officio* pelo órgão julgador, sem a observância do art. 10 do CPC, que impõe o prévio contraditório; do mesmo modo, não haverá extensão nos casos de revelia, exatamente porque não se considera ter havido *contraditório efetivo*. No primeiro caso, não basta que o juiz consulte as partes; é preciso que tenha havido manifestação delas a respeito do assunto, bem como que essa manifestação tenha sido apreciada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, CPC).

Percebe-se a diferença significativa em relação ao regime jurídico da coisa julgada da resolução das questões principais, que ocorre mesmo nos casos de revelia. O legislador foi mais exigente para a formação da coisa julgada em relação à questão incidental, supondo, certamente, que em relação a elas o debate não foi ou não teria sido tão intenso como ocorreria caso fosse uma questão principal.

É interessante notar que, no caso de coisa julgada relativa à questão principal, a falta de citação não impede a formação da coisa julgada, nada obstante se possa pedir a invalidação da decisão transitada em julgado a qualquer tempo, pela *querela nullitatis* – embora haja preclusão, se o executado apresentar a impugnação à execução da sentença e não alegar esse defeito (art. 525, §1º, I; art. 535, I, CPC)²⁹.

9.8.5.3. Objeção de incompetência

A extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental presuppõe que o juízo tenha competência para resolvê-la como questão principal (art. 503, §1º, III).

Há casos em que o juízo pode examinar uma questão apenas se ela for incidental. É o que acontece com a alegação de inconstitucionalidade de lei federal: como questão incidental, qualquer juízo pode examiná-la no controle difuso de constitucionalidade; como questão principal, somente o Supremo Tribunal Federal pode fazê-lo no controle concentrado de constitucionalidade. Assim, em controle difuso, não se estenderá a coisa julgada à resolução da prejudicial de inconstitucionalidade.

É o que pode acontecer, também, em causa previdenciária que tramita na Justiça Federal, cuja prejudicial seja uma relação jurídica de família; à resolução da prejudicial incidental de família, feita pelo juízo federal, não se estenderá a coisa julgada, em razão da incompetência.

29. Sobre a preclusão, nesse caso, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 77; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 445.

Note, também aqui, uma diferença em relação à coisa julgada relativa às questões principais, cuja formação não é obstada pela incompetência do juízo – ao contrário, a incompetência do juízo é hipótese de rescisão da coisa julgada (art. 966, II, CPC).

9.8.5.4. *Objecção de cognição insuficiente*

Também não haverá extensão da coisa julgada à resolução da prejudicial incidental, se, no processo em que a questão foi resolvida, houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam ou dificultem o aprofundamento da análise da questão prejudicial (art. 503, §2º).

O legislador, na linha da objeção de ausência de contraditório, exige que a cognição da prejudicial incidental não tenha sido prejudicada por eventuais restrições probatórias (como acontece no mandado de segurança) ou limitações à cognição (como acontece no processo de inventário e partilha (art. 612, CPC), nos Juizados Especiais Cíveis, ou no procedimento da desapropriação, art. 34, *caput*, e parágrafo único, do Dec.-lei 3.365/1941). Assim, por exemplo, a coisa julgada não se estenderá à resolução da prejudicial de validade do decreto expropriatório contida na sentença do processo de desapropriação.

Essas restrições probatórias ou cognitivas podem, inclusive, decorrer de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC) – não são apenas restrições decorrentes diretamente da lei.

9.8.6. *Alegação das objeções à extensão da coisa julgada à prejudicial incidental*

Há duas situações possíveis em que se pode alegar um dos impedimentos à formação da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; ou seja, duas situações em que se negará a existência da coisa julgada de regime especial.

a) O sujeito propõe uma demanda, ignorando a resolução da prejudicial incidental havida no processo anterior; nesse caso, caberá ao réu alegar a coisa julgada (art. 503, §1º, CPC); ao replicar a contestação, o autor poderá objetar a alegação de coisa julgada, afirmando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

b) O sujeito propõe uma demanda, valendo-se do efeito positivo da coisa julgada relativa à prejudicial incidental; o réu, em defesa, objeta, alegando um dos fatos que impedem a extensão da coisa julgada à prejudicial incidental.

Nas duas situações, não se busca *desfazer* a coisa julgada relativa à prejudicial incidental; propõe-se demonstrar, tão somente, que essa coisa julgada sequer existe, nem se formou. Alegam-se fatos que *negam* o direito afirmado, sob o fundamento de que não há a coisa julgada que o lastreia.

9.8.7. Instrumento para o controle da coisa julgada relativa à prejudicial incidental

A coisa julgada relativa à prejudicial incidental pode ser controlada pelos mesmos instrumentos previstos para a coisa julgada relativa à questão principal. Cabe, então, ação rescisória para desfazer a resolução da questão prejudicial incidental que tenha sido acobertada pela coisa julgada por força do §1º do art. 503. Nesse sentido, o enunciado n. 338 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”.

Essa ação rescisória tem por pressuposto o fato de que *há coisa julgada sobre a resolução da prejudicial incidental*. Assim, na petição inicial, o autor terá de demonstrar o preenchimento dos pressupostos dos §§1º e 2º do art. 503; é que, não preenchidos esses pressupostos, não há coisa julgada e, portanto, não haverá o que ser rescindido.

9.8.8. Questão prejudicial principal

Nem toda questão prejudicial é incidental. Há questão prejudicial que é, também, questão principal.

É possível que a questão prejudicial tenha sido posta para resolução *principaliter*. É o que pode acontecer, por exemplo, quando há cumulação de pedidos de investigação de paternidade e de alimentos; a filiação é questão prejudicial e principal, pois há pedido sobre ela.

Nesse caso, a coisa julgada relativa à prejudicial não é a prevista no §1º do art. 503; a coisa julgada, neste caso, se submeterá ao regime jurídico comum.

9.8.9. A sobrevivência da ação declaratória incidental

O CPC-1973 estabelecia um regime diferente para a resolução das prejudiciais incidentais: a coisa julgada não se estendia a elas (art. 469, III, CPC-1973). Para que houvesse coisa julgada em relação a uma questão prejudicial, era preciso que se tratasse de questão principal.

Uma questão prejudicial poderia ser uma questão principal de duas formas: a) ou desde o início do processo, com a formulação de um pedido que lhe tivesse como objeto; b) ou por meio da ação declaratória incidental.

A ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 470 do CPC-1973) tinha por utilidade transformar a análise da questão prejudicial controvertida. Posta, inicialmente, como simples fundamento do pedido, a questão prejudicial seria resolvida *incidenter tantum* e, na forma do inciso III do art. 469 do CPC-1973, não ficaria acobertada

pela coisa julgada. Proposta a ação declaratória incidental, a questão prejudicial passava a ser objeto de resolução *principaliter*, compondo o *thema decidendum*; a solução que o magistrado lhe desse ficaria acobertada pela coisa julgada (art. 470 do CPC-1973). Com ação declaratória incidental, a análise da questão prejudicial mudava: ela deixava de ser simples fundamento e passava a ser objeto da decisão do magistrado.

O CPC-2015 não previu a ação declaratória incidental, exatamente porque estendeu a coisa julgada à resolução das prejudiciais incidentais, nos termos do §1º do art. 503 do CPC.

A ação declaratória incidental ainda permanece em nosso sistema, ao menos em duas situações: a) reconvenção declaratória proposta pelo réu, que pode ter por objeto a questão prejudicial incidental controvertida: nesse caso, a prejudicial se torna questão principal, para cuja resolução vige o regime jurídico comum da coisa julgada; b) *ação declaratória incidental de falsidade de documento*, expressamente prevista no par. ún. do art. 430 do CPC.

9.8.10. Ação declaratória autônoma

Não há impedimento ao ajuizamento de ação declaratória autônoma, que tenha por objeto a declaração da existência ou inexistência da questão prejudicial incidental. Nesse caso, a questão prejudicial torna-se questão principal deste novo processo.

Haverá conexão por prejudicialidade entre a demanda originária e essa demanda declaratória, a impor a reunião das causas para processamento simultâneo (art. 55 do CPC).

Não há falta de interesse no ajuizamento dessa ação declaratória, exatamente porque o regime da coisa julgada relativa à questão principal é diferente (mais rigoroso) do regime da coisa julgada relativa à questão prejudicial incidental. Nessa linha, é o enunciado n. 111 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental”.

9.8.11. Direito transitório

O regime jurídico especial de coisa julgada, relativo à resolução das prejudiciais incidentais, somente aplica-se aos processos iniciados após a vigência do CPC-2015 (art. 1.054, CPC). Aos processos pendentes ao tempo do início da vigência do CPC-2015, aplica-se o regramento do CPC-1973: assim, a resolução da questão prejudicial somente se torna indiscutível pela coisa julgada se ela for uma questão

principal – originariamente principal ou tornada principal pelo ajuizamento da ação declaratória incidental.

9.9. Questões cuja resolução não se torna indiscutível pela coisa julgada

A motivação da decisão não se torna indiscutível pela coisa julgada. Nem a solução das questões de direito, nem o exame da prova. Está fora, portanto, dos limites objetivos da coisa julgada. É isso o que dispõe o art. 504 do CPC. Isso significa que outro órgão julgador pode dar às mesmas questões de direito outra interpretação ou pode ter outro convencimento acerca das mesmas questões de fato.

Há, porém, algumas considerações que precisam ser feitas.

a) Embora a “verdade dos fatos estabelecida na sentença” não se torne indiscutível pela coisa julgada, a sentença servirá de fonte de prova de que aqueles fatos ocorreram. A sentença será um indício. A decisão judicial não serve como prova dos fatos examinados pelo órgão julgador. Mas a sentença prova que o órgão jurisdicional *examinou* as alegações de fato em um determinado sentido; não prova, porém, que os fatos realmente aconteceram tal como afirmado pelo magistrado. Não se pode utilizar uma decisão judicial, em outro processo, para a prova dos fatos enunciados pelo magistrado como premissa de sua decisão; pode ser utilizada, porém, para provar que aquele magistrado compreendeu a verdade histórica de uma determinada maneira e, neste sentido, ser compreendida como um *indício* – prova indireta da ocorrência do fato –, que poderia levar a uma presunção judicial da ocorrência do fato enunciado na sentença anterior³⁰.

b) Os motivos determinantes de uma decisão judicial constituem o elemento normativo do precedente judicial. O precedente judicial pode ser compreendido como uma norma jurídica geral, construída pelo exercício da função jurisdicional, a partir da solução de um caso concreto, e que tem aptidão para servir de modelo para julgamento de casos futuros semelhantes àquele de onde se originou. O precedente judicial pode ter variada eficácia (obrigatória, persuasiva etc.). A eficácia do precedente não se confunde com a coisa julgada. A eficácia do precedente é sempre *erga omnes* (todos podem aproveitar-se do precedente judicial), pode ser revista pelos mecanismos de superação (*overruling*) e está relacionada à norma geral que pode ser extraída de uma decisão judicial (*a ratio decidendi*); a coisa julgada é, em regra, *inter partes*, pode ser revista por ação rescisória (principal instrumento de revisão) e se relaciona à norma jurídica individualizada definida na sentença. A eficácia do precedente deriva da motivação da decisão; a coisa julgada, do dispositivo.

30. CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 573 e 577.

c) Embora não se torne indiscutível pela coisa julgada, a motivação (a solução das questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa) vincula o assistente simples. Da motivação decorre a chamada *eficácia da intervenção*, prevista no art. 123 do CPC. O assistente simples não poderá discutir, em outro processo, a motivação da decisão proferida no processo em que interveio – ressalvadas as exceções previstas nos incisos I e II do art. 123. Isso significa que da motivação pode decorrer uma eficácia preclusiva distinta da coisa julgada.

10. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

10.1. Regra geral

O art. 506 cuida dos limites subjetivos da coisa julgada: *quem* está submetido à coisa julgada. Nesse aspecto, a coisa julgada pode operar-se *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*.

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só se impõe para aqueles que figuraram no processo como parte. Ao vincular as partes, vincula também os seus sucessores – não por acaso, poderão eles propor ação rescisória (art. 967, I, CPC).

Mas não apenas como parte: o STJ entendeu, corretamente, que a coisa julgada também vincula o Ministério Público, quando atua como fiscal da ordem jurídica (STJ, 4ª T., REsp n. 1.155.793, rela. Mina. Isabel Gallotti, j. em 01.10.2013, publicado no DJe de 11.10.2013).

Em nosso sistema, esta é a regra geral, consagrada no art. 506, CPC. Este dispositivo do CPC inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, XXXV, LIV e LV, CF). Isso porque, segundo o espírito do sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório.

O CPC alterou o CPC-1973, para não excluir a extensão benéfica da coisa julgada a terceiros. O CPC-1973 determinava que a coisa julgada não prejudicasse *nem beneficiasse* terceiros; o CPC-2015 apenas proíbe que ela os prejudique. Mudança bem oportuna.

10.2. Hipóteses de extensão da coisa julgada a terceiros

Há, porém, exceções a esta regra em nosso ordenamento; há casos em que a coisa julgada pode *prejudicar* terceiro.

Há casos de coisa julgada *ultra partes*, que é aquela que atinge não só as partes do processo, mas também *determinados* terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os. Pode ocorrer em inúmeras hipóteses.

São exemplos os casos de substituição processual, em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte na demanda, terá sua esfera de direitos alcançada pelos efeitos da coisa julgada³¹⁻³².

É o caso, por exemplo, do processo de dissolução parcial de sociedade: se todos os sócios forem citados, a sociedade não será citada, mas fica submetida à coisa julgada (art. 601, par. ún., CPC) – há uma legitimação extraordinária passiva conjunta de todos os sócios, em defesa dos interesses da sociedade.

Nesse mesmo contexto, há também o caso da substituição processual ulterior decorrente da alienação da coisa ou do direito litigioso, consagrado no art. 109, §3º, CPC, segundo o qual a sentença transitada em julgado *atingirá* não só as partes originárias do processo, mas também o *terceiro que seja adquirente ou cessionário do direito ou coisa litigiosa*. Ocorre, aqui, uma legitimação extraordinária superveniente, sendo o alienante/cedente a parte substituída, e o adquirente/cessionário, o terceiro substituído. Esse fenômeno somente ocorrerá se o terceiro adquirente não suceder o alienante; se o terceiro ingressar no processo no lugar do cedente ou intervier na qualidade de assistente (art. 109, §2º, CPC), a coisa julgada se lhe estende normalmente, sem qualquer particularidade, tendo em vista que, dessa forma, o terceiro transformar-se-ia em parte.

Tem-se, ainda, coisa julgada *ultra partes* nos casos de legitimação concorrente. O sujeito colegitimado para ingressar com uma ação (titular de legitimação

31. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 128; TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 83; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 502; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. “Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 169; DELGADO, José Augusto. “Aspectos controvertidos da substituição processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 13; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 441-442.

32. Em sentido diverso, não admitindo a regra de extensão da coisa julgada ao substituído, que somente ocorre em hipóteses específicas, em respeito ao devido processo legal, Eduardo Talamini. Para o autor, alguns critérios devem ser observados para que haja essa extensão: “(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído...; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente”. (TALAMINI, Eduardo. “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 222-225. Também assim, ARACÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 302.)

concorrente), que poderia ter sido parte no processo, na qualidade de litisconsorte unitário facultativo ativo, mas não foi, ficará vinculado aos efeitos da coisa julgada produzida pela decisão proferida na causa³³.

Também há coisa julgada *ultra partes* na hipótese de decisão favorável a um dos credores solidários, que se estende aos demais nos termos do art. 274 do Código Civil – esse tema será tratado no próximo item.

Há, ainda, a coisa julgada *ultra partes* nas ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito, conforme a letra do art. 103, II, CDC.

A coisa julgada *erga omnes*, por fim, é aquela cujos efeitos atingem a *todos* os jurisdicionados – tenham ou não participado do processo. É o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada produzida nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III do CDC) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Não é demais alertar que há quem não diferencie a coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *erga omnes*³⁴: de fato, uma coisa julgada nunca submete todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa, poderiam ser atingidos pela decisão; a coisa julgada *erga omnes* seria, na verdade, *ultra partes*, pois apenas vincularia o grupo a que se relaciona o direito discutido. Consideramos, contudo, oportuno apontar a distinção, que de resto é feita pelo direito positivo.

10.3. Coisa julgada e obrigações solidárias (art. 274 do Código Civil)

O art. 1.068 do CPC aperfeiçoou a redação do art. 274 do Código Civil, deixando-a compreensível e em conformidade com os paradigmas do direito estrangeiro (arts. 531 e 538, 2, Código Civil português, e art. 1.306 do Código Civil italiano, que serviram de inspiração): “Art. 274. O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”.

A regra, como se vê, permite a extensão da coisa julgada favorável ao credor que não havia demandado a obrigação solidária e veda a extensão da coisa julgada desfavorável.

Mas a regra protege o devedor, que poderá arguir, contra os demais credores, eventuais exceções pessoais que tenha contra qualquer deles.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229.

34. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 108-112.

Como se sabe, o devedor não pode opor a um dos credores solidários exceções pessoais oponíveis aos outros (art. 273 do Código Civil)³⁵, tampouco exceções pessoais pertencentes apenas a outro devedor (a exceção pode ser pessoal porque apenas um dos devedores a pode aduzir ou porque somente contra um dos credores ela pode ser aduzida, e pode ser comum quando puder ser aduzida por qualquer devedor ou contra qualquer credor).

Embora permita a colegitimação ativa entre os credores solidários, o legislador instituiu o regime da *extensão secundum eventum litis* da coisa julgada que porventura surja de processo instaurado por um deles: os credores que não participaram do processo apenas podem ser beneficiados pela coisa julgada, jamais prejudicados. É bom deixar ainda mais claro o que se afirmou: a coisa julgada é *pro et contra* (surge independentemente da decisão ter sido favorável ou desfavorável ao credor que propôs a demanda), mas a sua *extensão* aos demais credores é *secundum eventum litis*³⁶. Enfim: o credor demandante ficará, sempre, submetido à coisa julgada, que somente se estenderá aos demais credores (não demandantes) se o resultado for favorável.

O art. 274 do Código Civil não regula, porém, a extensão da coisa julgada favorável ao credor aos demais *devedores*. A omissão do Código Civil, no particular, é preenchida pelas regras do Código de Processo Civil, que regulam o chamamento ao processo (arts. 130-132, CPC) e a coisa julgada (art. 506, CPC): para que a coisa julgada se estenda aos devedores, é preciso que eles façam parte do processo. O credor demandante não pode alegar qualquer prejuízo, no particular, pois cabe a ele escolher contra quem pretende demandar; ao não escolher determinado devedor, arca com as consequências dessa sua estratégia. Além disso, é solução que protege o contraditório e a boa-fé³⁷. Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp n. 1.423.083-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 06.05.2014, publicado no Dje de 13.05.2014.

O art. 274 do Código Civil também é omissivo em relação à eficácia da decisão de improcedência em relação aos demais *devedores* – o texto somente menciona a eficácia em relação aos demais *credores*.

35. Art. 273 do Código Civil: “A um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros”. Também a propósito, o art. 1297 do Código Civil italiano, mais minucioso: “*Uno dei debitori in solido non può opporre al creditore le eccezioni personali agli altri debitori. A uno dei creditori in solido il debitore non può opporre le eccezioni personali agli altri creditori*”.

36. Em sentido diverso, entendendo que o caso é de coisa julgada *secundum eventum litis*, pois somente ocorreria na hipótese de procedência do pedido, LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155. Nada obstante, na página seguinte, o mesmo autor fale em “extensão subjetiva do julgado” apenas nos casos de acolhimento da demanda; ao que parece, o autor mistura fenômenos distintos: coisa julgada e extensão subjetiva da coisa julgada.

37. “Compreende-se a solução: esse caso julgado pode ter resultado de inépcia processual do devedor condenado ou de conluio entre ele e o credor: não faria sentido opô-lo aos restantes devedores, que não foram partes no processo e que, conseqüentemente, nele se não puderam defender”. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, t. 1, p. 723.)

A melhor solução é a do Código Civil italiano: a coisa julgada pode ser oposta pelo demais devedores ao credor demandante – perceba, apenas a ele, pois os demais credores não se sujeitam à coisa julgada de improcedência –, ressalvado o caso de a improcedência se ter baseado em exceção pessoal do devedor demandado; neste caso, os demais devedores não poderão opor a coisa julgada ao credor demandante.

Note que, neste caso, a extensão da coisa julgada aos devedores não demandados é permitida, pois se trata de extensão para beneficiar; a decisão é-lhes favorável. O art. 506 do CPC permite essa interpretação, ao dizer que apenas a coisa julgada desfavorável não pode prejudicar terceiro.

Esse entendimento é reforçado pela regra extraída do par. ún. do art. 1.005 do CPC, que estende aos demais devedores solidários o efeito de recurso interposto por devedor solidário que veicule a afirmação de defesa comum: “Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns”. Ora, no caso, estende-se subjetivamente a eficácia de uma decisão favorável em caso de solidariedade passiva, no caso de defesa comum, exatamente o que ora se propõe.

Essa interpretação é, finalmente, mais consentânea com as regras de proteção do devedor (*favor debitoris*) e com o princípio da eficiência. A partir de nossa provocação, encampou-se esse entendimento no enunciado n. 234 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão de improcedência na ação proposta pelo credor beneficia todos os devedores solidários, mesmo os que não foram partes no processo, exceto se fundada em defesa pessoal”.

O que se pretende afirmar no Código Civil é, em suma, o seguinte:

a) se um dos credores solidários vai a juízo e perde, qualquer que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores;

b) se um dos credores vai a juízo e perde, a coisa julgada lhe pode ser oposta por qualquer dos devedores, a menos que a improcedência do pedido se baseie em fundamento que respeite apenas àquele devedor que fora demandado;

c) se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores, salvo se o(s) devedor(es) tiver(em) exceção(ões) pessoal(is) que possa(m) ser oposta(s) a outro credor não participante do processo, pois, em relação àquele que promoveu a demanda, o(s) devedor(es) nada mais pode(m) opor (art. 506 do CPC)³⁸;

38. É a lição de ANTUNES VARELA, a partir do texto português que nos serviu de inspiração: “Sendo o caso julgado favorável ao credor, já se compreende que ele aproveite aos restantes (salvo se o devedor tiver contra algum deles meios especiais de defesa: art. 538, 2), pois nem é razoável aceitar que o devedor não tenha feito valer as razões de que dispõe, nem há nesse caso conluio a recear” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das*

d) se o credor vai a juízo e ganha, essa coisa julgada favorável não se estende aos demais devedores solidários que não tenham sido demandados.

Parece, porém, que esse dispositivo do Código Civil somente tem aplicação no caso de obrigações solidárias *divisíveis*. Se a obrigação é *solidária* e *indivisível*, a decisão judicial favorável ou desfavorável ao credor solidário demandante se estende aos demais credores, em razão da indivisibilidade do objeto litigioso³⁹. É que não se pode falar em *exceções pessoais* se a obrigação é indivisível; nestes casos, toda exceção é comum. Neste sentido é o posicionamento de Flavia Zangerolame: “Se o julgamento desfavorável referir-se a causas que dizem respeito a todos, como nulidade contratual ou prescrição da dívida, o resultado atingirá os demais, pois não há como cindir uma decisão desta estirpe”⁴⁰. A autora não distingue os casos de obrigação *divisível* ou *indivisível*.

11. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

O art. 508 do CPC cuida do *efeito preclusivo da coisa julgada* ou *eficácia preclusiva da coisa julgada*.

Segundo o art. 508 do CPC, transitada em julgado a decisão de mérito, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se deduzidas e repelidas; tornam-se irrelevantes todos os argumentos e provas que as partes poderiam alegar ou produzir em favor da sua tese.

Com a formação da coisa julgada, preclui a possibilidade de rediscussão de todos os argumentos – “alegações e defesas”, na dicção legal – que poderiam ter sido suscitados, mas não foram. A coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o *deduzido* e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (o *dedutível*); a coisa julgada cobre a *res deducta* e a *res deducenda*.

A coisa julgada cria uma armadura para a decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões que

obrigações em geral. 9ª ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, v. 1, p. 844). Perceberam o ponto, no direito brasileiro, encampano a ideia aqui defendida, ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2, p. 273-274.

39. Ao que parece é esse o entendimento de Barbosa Moreira (ver trecho que destacamos): “Vejam os que afirma Barbosa Moreira: “Se, ao contrário, a sentença de procedência houver repellido a arguição de prescrição com base na ocorrência de suspensão, de eficácia restrita ao credor demandante, *por não ser indivisível a obrigação*, o julgamento não aproveitará aos restantes credores, para os quais a ineficácia da suspensão significa que a prescrição se terá consumado. Aí, unicamente o credor vitorioso ficará habilitado a promover a execução”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 35, p. 58).

40. ZANGEROLAME, Flavia Maria. “Obrigações divisíveis e indivisíveis e obrigações solidárias”. *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.202.

devem ser examinadas a qualquer tempo, como a falta de pressupostos processuais, podem ser arguidas – o “a qualquer tempo” deve ser compreendido como “a qualquer tempo até a coisa julgada” (a propósito, STJ, 3ª T., REsp n. 1.381.654, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 05.11.2013, publicado no DJe de 11.11.2013; STJ, 2ª T., AgRg no RMS 40422/RO, rel. Min. Castro Meira, j. em 11.06.2013, publicado no DJe de 18.06.2013).

Ressalvam-se, aqui, por óbvio, o erro material e o erro de cálculo, vez que a decisão que os contém não transita em julgado (art. 494, CPC). Assim também as hipóteses de rescindibilidade da decisão transitada em julgado (art. 966, CPC), que evidenciam vícios e injustiças capazes de sobreviver até mesmo à eficácia preclusiva da coisa julgada.

É preciso examinar a amplitude da eficácia preclusiva em relação às alegações do réu e às do autor.

A rejeição presumida de todas as alegações e defesas que poderiam ter sido sustentadas pelo réu é mais facilmente visualizada, até mesmo porque lhe cabe concentrar toda a sua defesa na contestação, na forma do art. 336, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 342.

Mas a mesma facilidade não é encontrada na apreensão de que tipo de alegação do autor poder-se-ia considerar rejeitada com o trânsito em julgado da decisão: “é necessário que se trate de alegações relativas à mesma causa de pedir, na verdade novos argumentos sobre os mesmos fundamentos? Ou haverá julgamento implícito de *causa petendi* não deduzida?”⁴¹

A *corrente majoritária* entende que a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a *causa petendi* deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão somente a *causa petendi* que tenha embasado o pedido formulado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir⁴².

Esse entendimento foi reforçado pela revogação expressa do §4º do art. 98 da Lei n. 12.529/2011, que seguia outra concepção (art.1.072, VI, CPC).

41. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 156.

42. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 99 e 103-108; ARACÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 324-325; MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 220; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 222 e seguintes; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 95; STJ, 4ª T., REsp n. 112.101/RS, rel. Min. César Ásfor Rocha, j. em 29.06.2000, publicado no DJ de 18.09.2000, p. 131.

Há, porém, *outra corrente*, segundo a qual a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado. A coisa julgada implicaria, assim, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram⁴³.

José Maria Tesheiner, por fim, inaugura uma *terceira corrente*, com visão intermediária, dizendo-se “no meio do caminho entre as duas correntes” anteriores. Sustenta que o art. 508 apanha “a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico” – cabendo, aqui, lembrar, que o efeito jurídico por ele mencionado nada mais é do que o pedido. Ou seja, entende o autor que o efeito preclusivo da coisa julgada alcança todos os fatos jurídicos de idêntica natureza, de mesma essência, que poderiam servir para embasar o pedido formulado, ainda que consistam em causas de pedir distintas; o que importa, diz, é que tais fatos narrados sejam substancialmente semelhantes. Termina por exemplificar com a seguinte hipótese: “se o autor pede despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa”⁴⁴.

Adota-se, aqui, a corrente majoritária.

Renovar o pedido com base em outra causa de pedir significa propor uma demanda diferente – porquanto modificado um dos seus elementos identificadores: *causa petendi* (na forma do art. 337, §§1º e 2º, CPC) – para a apreciação do Judiciário, que tem o dever de prestar o serviço jurisdicional, julgando a nova causa.

Demais disso, a alegação de desrespeito ao efeito negativo da coisa julgada somente poderia ser invocada no caso de uma ação *idêntica* – com mesmo objeto litigioso – àquela já decidida por sentença passada em julgado.

Há uma situação, porém, em que a adoção desta concepção mais restritiva sobre a abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada material se mostra mais complicada. Trata-se do estudo da coisa julgada nos embargos à execução (arts. 914-919, CPC), considerados pela maior parte da doutrina brasileira como uma ação de conhecimento.

Eis a dúvida: julgados improcedentes embargos à execução opostos com base em um fundamento (considerado como sua causa de pedir), pode o executado propor uma ação autônoma de impugnação

43. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 145 e 147; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, §4º, da nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011)”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222, p. 94-96.

44. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 161.

da execução (“defesa heterotópica do executado”, como denominam alguns), com base em outra causa de pedir, que poderia, no entanto, ter sido deduzida nos primeiros embargos?

Aplicada a concepção dominante, à qual se aderiu, essa conduta seria lícita, já que se estaria diante de uma nova demanda, em razão da alteração da causa de pedir.

Sucedendo que essa solução não parece razoável, pois permitiria ao executado “fragmentar” a sua oposição à execução em tantas demandas quantos fossem os fundamentos que poderia deduzir, em atitude desleal e contrária à duração razoável do processo e à boa-fé objetiva processual.

O problema não está na concepção de eficácia preclusiva que ora se adota, que parece a mais adequada. O busílis é a premissa de que se parte para estudar os embargos: não obstante se diga que os embargos têm natureza jurídica de ação (demanda), substancialmente os embargos são a defesa do executado. Assim, como defesa, o regime da eficácia preclusiva da coisa julgada dos embargos deve ser semelhante ao da eficácia preclusiva para o demandado, já examinada. Ou seja, cabe ao executado deduzir, nos embargos à execução, todas as matérias de defesa que até então poderiam ter sido arguidas (que formalmente aparecem deduzidas como causas de pedir, embora sejam substancialmente defesas), sob pena de a coisa julgada da decisão final desses embargos implicar a preclusão do direito de alegá-las⁴⁵.

12. LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA

12.1. Generalidades

Depois de respondidas as perguntas “o quê se torna indiscutível pela coisa julgada” e “para quem se torna indiscutível a decisão”, é preciso responder “até quando” a solução se torna indiscutível. É preciso examinar, enfim, os limites temporais da coisa julgada.

O art. 505 pretende regular o assunto.

De acordo com a literalidade do art. 505, a coisa julgada será revista nos casos que versarem sobre relação jurídica de trato continuado, havendo fato superveniente que justifique essa revisão, e nos demais casos previstos em lei. Fora disso,

45. Concordando expressamente com nossa conclusão, embora discorde da premissa de que os embargos à execução são defesa, YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, §4º, da nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011)”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222, p. 96, nota 17.

nenhum juiz, o que inclui o juiz da causa, poderá decidir novamente o que já foi decidido. A regra aplica-se exatamente à coisa julgada e reforça a eficácia da coisa julgada prevista nos arts. 502 e 503.

Na primeira hipótese (art. 505, I, CPC), não há propriamente uma revisão da coisa julgada, com outra decisão sobre o que já havia sido decidido. Como se está diante de um fato novo, outra situação há de ser decidida (e não a mesma situação!) e, por isso, nova decisão se impõe. O tema será examinado em item avulso, mais à frente.

O inciso II do art. 505 remete “aos demais casos prescritos em lei”. Há uma ambiguidade no texto normativo. O uso do pronome adjetivo “demais” pode dar a entender que os outros casos, previstos em lei, têm a mesma natureza do caso do inciso I: ou seja, não seriam casos propriamente de revisão da coisa julgada. Mas não é bem assim.

O art. 505 reúne, em um mesmo dispositivo, situações diversas relacionadas ao controle da coisa julgada.

O inciso I cuida da coisa julgada e as relações jurídicas de trato continuado; a coisa julgada somente pode ser “revista” em razão de fato superveniente.

O inciso II se refere aos outros instrumentos, previstos em lei, para o controle da coisa julgada. Há, então, regra específica de controle da coisa julgada relativa a relações jurídicas de trato continuado – que, conforme será visto, não é propriamente uma regra de controle da coisa julgada –, e regra geral para o controle da coisa julgada: cabe à lei criar os instrumentos de revisão da coisa julgada.

Vamos examinar cada uma dessas situações.

12.2. Coisa julgada e relações jurídicas de trato continuado (art. 503, I)

De regra, não são admitidas as chamadas “sentenças futuras”, aquelas que regem situações ainda não consumadas (futuras). Isso porque, diante de uma situação ainda não concretizada, faltaria interesse processual da parte para desencadear a prestação jurisdicional.

Excepcionam-se, contudo, aquelas sentenças que recaiam sobre *situações futuras que estejam vinculadas a situações presentes*. É o caso da sentença que disciplina relações jurídicas *permanentes* e as *sucessivas* – as relações jurídicas “de trato continuado”, a que se refere o inciso I do art. 505 do CPC. Em suma, questiona-se se essa sentença regula, também, o desdobramento futuro de uma relação *permanente* e as reiterações futuras das *relações sucessivas*⁴⁶.

46. ZAVASCKI, Teoria Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 101. Com a mesma sistematização de Zavascki, ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues. “Uma análise das relações jurídicas

Para compreender a coisa julgada relativa a esse tipo de sentença, é preciso, antes, definir o que se entende por *relação jurídica instantânea*. Considera-se relação *instantânea* “a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota 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 formado”⁴⁷. Exemplo: relação jurídica de indenização pelos danos materiais causados em razão de ato ilícito.

Considera-se relação jurídica *permanente* aquela que “nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”⁴⁸. Também é conhecida como relação jurídica *continuativa*. São exemplos as relações previdenciárias, alimentícias, de família, locatícias. Normalmente, tais relações envolvem prestações periódicas.

Há, ainda, a relação jurídica *sucessiva*: “nascidas de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada”⁴⁹. Como bem elucida Zavascki, as “relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva”⁵⁰. Exemplos básicos se encontram no direito tributário, como a obrigação tributária de pagar contribuição à seguridade social decorrente de folha de salário e o a obrigação tributária de pagar imposto de renda. Também é exemplo a relação de emprego e a relação estatutária entre servidor público e a administração. Outro exemplo é o da sentença que reconhece o direito de uma parte alterar unilateralmente os juros do contrato: “cada arbitramento é um ato próprio, único e singular, mas o esquema de agir definido (e tornado estável pela coisa julgada) é o mesmo”⁵¹.

A sentença que regula relações jurídicas *permanentes* e *sucessivas* contém uma cláusula *rebus sic stantibus*: havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o quanto se decidiu. O art. 505, I, CPC, cuida do assunto.

O dispositivo autorizaria o reexame de decisão sobre relação jurídica de trato continuado (permanente ou sucessiva), em caso de modificação superveniente de fato ou de direito, automaticamente, em certos casos, ou mediante *simples ação*

continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 520-523; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente – análise das relações jurídicas de trato continuado*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Dissertação de Mestrado, 2013; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 523.

47. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., cit., p. 99.

48. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., cit., p. 99-100.

49. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., cit., p. 100.

50. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., cit., p. 100.

51. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, 2ª ed., cit., p. 523.

de revisão. Portanto, para alguns autores tais decisões não se tornariam imutáveis e indiscutíveis pela coisa julgada. A possibilidade de modificação a qualquer tempo de tais sentenças não seria compatível com a ideia da imutabilidade ínsita ao conceito de coisa julgada.

Trata-se, entretanto, de concepção equivocada. Tais decisões, como todas as outras, são aptas produzir coisa julgada material. Convém explicar.

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica de trato continuado (e o próprio direito) e que legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir e novo pedido), a chamada *ação de revisão* ou *ação de modificação*. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época da decisão). *A modificabilidade da decisão é decorrente da peculiar relação jurídica de direito material que ela certificou; é o direito material certificado que traz consigo a marca da modificabilidade, já que seus pressupostos são suscetíveis a variações no tempo*⁵².

Ao deparar-se com a *ação de revisão*, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir (composta por fatos/direito novos) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior.

Sentença sobre *relação jurídica permanente* faz, sim, coisa julgada. Para a relação jurídica continuativa, identificada por aqueles quadros fático e jurídico, há uma decisão transitada em julgado, indiscutível.

Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado - indiscutível para aquela nova situação.

Observe o exemplo da sentença de alimentos. A sentença de alimentos vincula os desdobramentos futuros da relação alimentícia, mas até a alteração superveniente dos fatos que baseiam essa relação. Os pressupostos da necessidade do alimentando e da possibilidade do alimentante podem variar ao longo do tempo, qualitativa ou quantitativamente: a necessidade do alimentando pode deixar de existir (ou passar a existir), aumentar ou diminuir; a possibilidade do alimentante pode deixar de existir (ou passar a existir), aumentar ou diminuir. O mesmo se dá com a relação previdenciária de auxílio-doença e a interdição.

52. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V, p. 147.

Fenômeno semelhante ocorre em relação às sentenças que decidam relações jurídicas *sucessivas*. Decisão que declare não haver o direito a determinada parcela do vencimento pelo servidor público vinculará para o futuro, até que, por exemplo, venha lei que atribua ao servidor a referida parcela. Sentença que reconheça inexistente relação jurídica tributária sucessiva é eficaz para o futuro até, por exemplo, sobrevir mudança da atividade empresarial da sociedade ou mudança do regramento jurídico sobre o tributo.

Sucedo que, em relação às relações jurídicas tributárias, há o n. 239 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Nada há de especial na coisa julgada oriunda das causas tributárias: trata-se de um exemplo, dentre tantos outros, de coisa julgada de decisão que cuida de relação jurídica sucessiva, conforme já visto. Enquanto o substrato fático desta relação jurídica (definitivamente resolvida) se mantiver o mesmo, a coisa julgada é eficaz e deve ser respeitada (inclusive para os exercícios posteriores àquele em que a decisão foi prolatada).

Na verdade, o enunciado n. 239 da súmula da jurisprudência do STF deve ser entendido desta forma: a decisão que reconhece a inexistência do dever de pagar tributo permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo o quadro fático-normativo do mencionado tributo. Se o painel normativo do tributo sofrer alteração no exercício posterior, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir no exercício anterior não mais se aplica, em razão dessa alteração⁵³.

A lei, em todos esses casos, admite a *revisão da sentença*, embora transitada em julgado, diante da superveniência de modificações no estado de fato ou de direito – e, portanto, nos pressupostos e elementos constitutivos da situação julgada.

A “revisão” da sentença pode dar-se automaticamente (lei nova concede adicional antes reconhecido pela sentença como indevido; cura superveniente do segurado que recebe auxílio-doença etc.) ou por meio de ação de revisão, como acontece na relação alimentícia e locatícia.

O STF admitiu a revisão da coisa julgada como questão incidental – uma objeção, matéria de defesa –, em caso que envolvia a coisa julgada de uma decisão que havia reconhecido a constitucionalidade de uma lei em controle concentrado de constitucionalidade – sem dizer isso expressamente, o STF considerou a relação entre a lei e a constituição uma relação de trato continuado, a permitir a revisão da coisa julgada, em razão de fato superveniente⁵⁴.

53. ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues. “Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 526-530.

54. STF, Rcl n. 4.374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.04.2013. Sobre essa decisão, DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril. “Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, 2015, p. 567-590.

A nova decisão, proferida em *ação de revisão*, não desconhece nem contraria a anterior. Trata-se de uma *nova* decisão, proferida para uma *nova situação* – cujos pressupostos e elementos constitutivos já variaram com o passar o tempo. Na verdade, a decisão proferida em tais situações contém em si variação da cláusula *rebus sic stantibus*, que permite sua adaptação ao estado de fato e ao direito supervenientes.

A terminologia está consagrada, mas, bem pensadas as coisas, não se trata de uma ação de revisão: o que foi decidido não será *revisto*; trata-se de ação para decidir uma *nova* situação, que agora deve ser *vista* pela primeira vez.

A *ação de revisão* que poderá ser proposta é outra ação (elementos distintos), porque fundada em outra causa de pedir; a nova sentença, nesta demanda, alteraria *ex nunc* a regulação jurídica da relação, nem de perto tocando na primeira. É ação constitutiva. Trata-se de duas normas individuais concretas que regulam situações diversas. A sentença proferida no segundo processo não ofenderá nem substituirá a que fora proferida no primeiro, que tem a sua eficácia condicionada à permanência das situações de fato e de direito que lhe serviram de esteio – imaginar que a primeira sentença não ficaria acobertada pela coisa julgada, seria o mesmo de defender que ela estaria desprotegida do influxo de lei nova, por exemplo. Trata-se de posicionamento amplamente majoritário.

É o que se diz, sobretudo, sobre a sentença prolatada em ação de alimentos. Seguindo tudo quanto foi, até então, dito, conclui-se que não há regime jurídico diferente para a coisa julgada na ação de alimentos e, *a fortiori*, para a sentença que cuide de relação jurídica permanente ou sucessiva. Também não se justifica, embora consagrada, a referência a uma “coisa julgada *rebus sic stantibus*”, pois a coisa julgada sempre operará naquelas circunstâncias específicas – o que é *rebus sic stantibus* é a decisão, que em seu bojo traz esta cláusula.

12.3. Instrumentos de controle da coisa julgada

Admitem-se, em nosso sistema, como instrumentos legais de controle da coisa julgada, basicamente: *a*) a ação rescisória (arts. 966 e segs, CPC); *b*) a *querela nullitatis* (art. 525, §1º, I, e art. 535, I, CPC); *c*) impugnação com base na existência de erro material (art. 494, I, CPC); *d*) a revisão de sentença inconstitucional (com base no art. 525, § 12, e art. 535, §5º, CPC). Cogita-se, ainda, a possibilidade de reforma da coisa julgada por denúncia de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos formulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – mas que escapa aos limites deste *Curso*⁵⁵.

55. Sobre o tema, TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: *Meios de Impugnação ao julgado civil. Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A *ação rescisória* é uma ação autônoma de impugnação de decisão de mérito transitada em julgado, que se pode basear em problemas formais ou de injustiça da decisão (hipóteses previstas no art. 966, CPC). A ação rescisória visa desconstituir a coisa julgada. Para ser manejada deve estar presente uma das hipóteses de cabimento do art. 966, CPC, respeitando-se o prazo decadencial de dois anos.

Já a *querella nulitatis* é meio de impugnação de decisão maculada por *vícios transrescisórios*, que subsistem quando: a) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação; b) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por ter sido defeituosa a citação. A *querela nulitatis* diferencia-se da ação rescisória, principalmente por ter outras hipóteses de cabimento e por não estar sujeito a prazo – não se submete a qualquer prazo decadencial. Trata-se de ação desconstitutiva que pode ser manejada, até mesmo, depois do decurso do prazo de dois anos previsto para a ação rescisória. O tema é examinado no v. 3 deste *Curso*.

A revisão em razão de erro material foi examinada capítulo sobre a decisão judicial. A revisão da sentença inconstitucional será examinada v. 5 deste *Curso*.

12.4. Teoria da relativização atípica da coisa julgada

Como se viu, a coisa julgada, no processo civil brasileiro, não é *absoluta*: há inúmeros instrumentos previstos em lei que permitem o controle do que foi decidido.

Há, porém, na doutrina, quem entenda que a decisão judicial não pode se cristalizar quando *injusta* ou *inconstitucional*. Nesses casos, a coisa julgada material poderia ser revista/ rescindida, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos – não previstos em lei. Trata-se de movimento que vem propondo a chamada *relativização atípica da coisa julgada* – já que há hipóteses típicas de revisão da coisa julgada que, dessa forma, já é relativa, como percebeu Barbosa Moreira⁵⁶.

O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu, a partir da sua experiência na análise de casos concretos, a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afrontasse a moralidade, a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, ou se desafinasse com a realidade dos fatos⁵⁷. A lição foi difundida por autores como Humberto Theodoro Jr., Juliana Cordeiro e Candido Rangel Dinamarco.

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 199.

57. DELGADO, José. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 103.

Cândido Dinamarco já vinha propondo essa solução há um bom tempo. O autor tem uma das opiniões mais abertas sobre a relativização atípica da coisa julgada. Afirma categoricamente que a coisa julgada só deve se conservar inquebrantável se: a) consoante com as máximas da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa – quando não seja absurdamente lesiva ao Estado; b) cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores “justos” a título de indenização por expropriação imobiliária; c) não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁵⁸.

O principal problema dessa concepção é que admitir a relativização com base na existência de *injustiça* – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, tal como acima exposto –, significa franquear-se ao Judiciário um *poder geral de revisão da coisa julgada*, que daria margem, certamente, a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. A revisão da coisa julgada dar-se-ia por critérios atípicos – em afronta clara ao inciso II do art. 505 do CPC, inclusive.

Ovídio Baptista da Silva critica o condicionamento da intangibilidade da coisa julgada proposto por Humberto Theodoro Jr. e por José Delgado à inexistência de “grave injustiça” (proposto por este) ou “séria injustiça” (proposto por aquele) na decisão. Parece-lhe impróprio relativizar a coisa julgada nos casos em que a decisão cometer “grave” ou “séria” injustiça. Indaga o autor: o que seria uma “grave” ou “séria” injustiça que autorize a quebra da coisa julgada, como disposto por Humberto Teodoro Jr. e por José Delgado? E o que seria uma sentença “absurdamente lesiva” ao Estado, que justificasse o desrespeito à coisa julgada, tal como dito por Dinamarco? E uma “sentença abusiva”, que por ser não-sentença, permitiria o afastamento da coisa julgada, na forma como põe Cândido Dinamarco, seguindo o quanto dito por Theodoro Jr.? Admitindo-se esses amplíssimos critérios de relativização da coisa julgada sugeridos pelos ditos processualistas, diz o autor, nada restaria da coisa julgada⁵⁹.

A coisa julgada material é atributo do Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve ser-lhe assegurada uma solução definitiva para o problema que foi levado ao Judiciário.

Não se pode negar que a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas – com decisões injustas, ilegais, desafinadas

58. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 24-25.

59. SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Coisa Julgada Relativa”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 218-220.

com a realidade fática. E foi para abrandar esses riscos que se previram hipóteses em que se poderia desconstituí-la. Com isso, buscou-se harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais.

Luiz Guilherme Marinoni mostra-se com pouca disposição para as teses que pregam a relativização da coisa julgada, porquanto não garantam a correção dos julgamentos dos magistrados. Afinal, “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”.⁶⁰ Enfim, quem garante que a segunda decisão será justa?

Também a relativização com base na *inconstitucionalidade* é problemática, pois a qualquer momento que a lei em que se fundou a decisão fosse reputada inconstitucional a decisão poderia ser desconstituída. Com isso, seria atingido frontalmente o princípio da segurança jurídica.

Parece, ainda, que o problema da revisão da sentença inconstitucional foi resolvido *pele direito positivo brasileiro* de duas maneiras: *a*) com a possibilidade de ação rescisória da sentença, lastreada no inciso V do art. 966 do CPC, mitigando o rigor do n. 343 da súmula da jurisprudência do STF; *b*) a previsão do § 12 do art. 525 e do §5º do art. 535 do CPC. Não há necessidade, então, de uma revisão de sentença alegadamente inconstitucional sob qualquer fundamento e por qualquer meio inominado.

Enfim, as concepções de *relativização atípica da coisa julgada* são perigosas. Defendem a prevalência do “justo”, mas não definem o que seja o “justo”. Partem de uma noção de justiça, como senso comum captado por qualquer cidadão médio.

O STF admitiu, porém, a renovação de demanda de investigação de paternidade, que havia sido anteriormente rejeitada por ausência de provas. Consagrou, então, um caso de *relativização atípica da coisa julgada*. Mesmo sem dizer isto expressamente, o STF considerou como *secundum eventum probationis* a coisa julgada na investigação de paternidade (RE n. 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02.06.2011).

60. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*, cit., p. 163. Há diversos autores que se posicionaram contrariamente à tese da relativização atípica da coisa julgada, além dos citados: Nelson Nery Jr., Gisele Côes, Leonardo Greco, Sérgio Nojiri etc. Consulte-se, a propósito, a coletânea de textos sobre o assunto, que contém todos esses posicionamentos: DIDIER JR., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

O STJ tem adotado o mesmo entendimento do STF (STJ, 4.^a T., REsp n. 1.223.610/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 06.12.2012, publicado no DJe de 07.03.2013). Entretanto, ao avaliar situação em que, embora indisponível o exame de DNA, fora tecnicamente excluída a paternidade, a 4.^a Turma do STJ inadmitiu a renovação da demanda rejeitada. Na ocasião, o elemento utilizado no *distinguishing* foi a prévia exclusão da paternidade por meio técnico cientificamente válido à época (exclusão pelo grupo sanguíneo). (STJ, 4.^a T., AgRg no REsp n. 929.773/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 06.12.2012, publicado no DJe de 04.02.2013.)

Apesar de tudo, encontra-se decisão do Superior Tribunal de Justiça (de relatoria da Min. Denise Arruda) admitindo a revisão atípica de coisa julgada formada em sede de desapropriação, por mera petição atravessada nos autos da execução, sob o argumento de ilegitimidade *ad causam* ou injustiça do valor da indenização. Fala-se, até mesmo, que a coisa julgada dada com vícios desse viés seria inexistente (STJ, 1.^a T. REsp 622405/SP rel. Min. Denise Arruda, j. em 14.08.2007, publicado no DJ de 20.09.2007, p. 221).

Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada.

A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é *exterminá-la*⁶¹.

13. COISA JULGADA E AÇÕES CONCORRENTES

Problema difícil é o da coisa julgada nas ações concorrentes.

O *curso objetivo de ações* pode dar-se de duas formas: a) o curso próprio: um único pedido pode ser formulado com base em mais de uma causa de pedir; b) curso impróprio: uma mesma causa de pedir pode dar origem a mais de um pedido. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre teoria da ação, no volume 1 deste *Curso*.

61. Excelente análise de todos os argumentos contrários à *relativização atípica da coisa julgada* pode ser encontrada em CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2.^a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 176-178.

É que, uma vez acolhida ou rejeitada uma das pretensões formuladas, obsta-
da está a possibilidade de nova discussão da causa, mesmo que formulada outra
demanda.

A questão, cuja solução parece simples na hipótese de acolhimento de uma
das pretensões, pois faltaria ao pretendente interesse de agir na propositura da ou-
tra demanda, tem recebido da doutrina tratamento díspar na hipótese de não-aco-
lhimento de uma das pretensões concorrentes. Poderia, por exemplo, João pleitear
em face de José o pedido estimatório, quando já houvera demandado, e perdido, o
pleito redibitório? É que, então, não se poderia dizer que o autor não tivesse inte-
resse, na medida em que seu pleito anterior não fora acolhido.

Há quem afirme a impossibilidade do acolhimento da outra pretensão, ao fun-
damento de que a questão jurídica, que é uma só, já fora resolvida. Aplica-se, no
particular, o brocardo romano *electa una via non datur regressus ad alteram*, ainda
que não exatamente de acordo com as suas origens.⁶²

Há, porém, quem se posicione pela possibilidade de admissão da outra preten-
são concorrente, caso a primeira não seja acolhida. Não tendo havido a satisfação (e
não mera certificação) definitiva do direito do postulante, e em razão da não coinci-
dência os elementos da demanda, poderia o autor pleitear a pretensão concorrente
àquela que inicialmente havia sido rejeitada. Trata-se de posição majoritária, com
a qual concordamos.

62. Sobre a exata acepção do brocardo latino, DINAMARCO, Cândido. “Electa una via non datur regressus ad alte-
ram”. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2, p. 910 e segs.

Tutela Provisória

Sumário • 1. Noções gerais: 1.1. Tutela definitiva: satisfativa e cautelar; 1.2. Características da tutela cautelar: 1.2.1. Referibilidade e temporariedade; 1.2.2. A coisa julgada cautelar; 1.3. Síntese – 2. “Tutela provisória”: antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva: 2.1. Generalidades; 2.2. Características; 2.3. Espécies de tutela provisória: satisfativa (antecipada) e cautelar – 3. Regime jurídico da tutela provisória: regras gerais: 3.1. Fundamento: urgência ou evidência; 3.2. Forma de requerimento: incidental ou antecedente; 3.3. Legitimidade; 3.4. Cabimento; 3.5. Momento da concessão: 3.5.1. Considerações iniciais; 3.5.2. Liminarmente; 3.5.3. Na sentença; 3.5.4. Em grau recursal; 3.6. Manifestação do requerido; 3.7. Instrução; 3.8. Decisão; 3.9. Precariedade: modificação ou revogação a qualquer tempo; 3.10. Recurso; 3.11. Efeitos antecipáveis; 3.12. Forma de efetivação; 3.13. Concessão de ofício – 4. Tutela provisória de urgência: 4.1. Considerações iniciais; 4.2. Pressupostos gerais: 4.2.1. Probabilidade do direito; 4.2.2. Perigo da demora; 4.3. Pressuposto específico: reversibilidade da tutela provisória satisfativa; 4.4. Tutela de urgência satisfativa (antecipada) em caráter antecedente; 4.5. Estabilização da tutela de urgência satisfativa (antecipada): 4.5.1. Estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada como técnica de monitorização do processo civil brasileiro; 4.5.2. Pressupostos da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada; 4.5.3. Ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva de tutela provisória satisfativa estabilizada; 4.5.4. Estabilização da tutela satisfativa antecedente e coisa julgada. Confronto com a ação monitoria; 4.6. Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente; 4.7. Fungibilidade das tutelas de urgência – 5. Tutela provisória de evidência: 5.1. Conceitos fundamentais; 5.2. Pressupostos: 5.2.1. Noções iniciais; 5.2.2. Tutela de evidência punitiva. Atos protelatórios e abusivos da parte; 5.2.3. Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório; 5.2.4. Tutela de evidência documentada de contrato de depósito; 5.2.5. Tutela de evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente – 6. Tutela provisória contra a Fazenda Pública: 6.1. Panorama legislativo – perspectiva histórica e atual; 6.2. Panorama doutrinário; 6.3. Panorama jurisprudencial; 6.4. Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC n. 30/2001 e n. 62/2009); 6.5. Tutela provisória para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público; 6.6. Tutela provisória contra o Poder Público em matéria tributária.

1. NOÇÕES GERAIS

1.1. Tutela definitiva: satisfativa e cautelar¹

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser *definitiva* ou *provisória*. Este capítulo é dedicado à tutela provisória; para entendê-la, é preciso compreender a tutela definitiva. Isso porque a tutela provisória é a tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária.

A *tutela definitiva* é aquela obtida com base em *cognição exauriente*, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal,

1. Sobre o tema, dentre outros citados ao longo do texto, numa linha similar à defendida neste trabalho: GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”. *Teoria Quinária da Ação: Estudos em Homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu Falecimento*. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 582-585.

o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada. É espécie de tutela que prestigia, sobretudo, a segurança jurídica.

A *tutela definitiva* pode ser satisfativa ou cautelar.

A *tutela definitiva satisfativa* é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material. Predispõe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada *tutela-padrão*².

Há dois diferentes tipos de tutela definitiva satisfativa: a *tutela de certificação* de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória³) e a *tutela de efetivação* dos direitos (tutela executiva, em sentido amplo).

As atividades processuais necessárias para a obtenção de uma *tutela satisfativa* (a tutela-padrão) podem ser demoradas, o que coloca em risco a própria realização do direito afirmado. Surge o chamado perigo da demora (*periculum in mora*) da prestação jurisdicional.

Em razão disso, há a *tutela definitiva não-satisfativa*, de cunho *assecuratório*, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a *tutela cautelar*.

A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

1.2. Características da tutela cautelar

1.2.1. Referibilidade e temporariedade

A tutela cautelar distingue-se da tutela satisfativa não apenas por terem elas objetos distintos (respectivamente, assecuração e certificação/efetivação), mas também porque a tutela cautelar tem duas características peculiares: a *referibilidade* e a *temporariedade*.

A tutela cautelar é meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela. Há o direito à cautela e o direito que se acautela. O direito à cautela é o direito à tutela cautelar; o direito

2. A este respeito, conferir ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18-21.
 3. As tutelas de certificação de direitos a uma prestação, em regra, já são imediatamente seguidas da tutela de efetivação da prestação. Por isso se diz que a tutela condenatória conjuga certificação e efetivação – e em alguns casos, a própria tutela declaratória e a constitutiva.

que se acautela, ou direito acautelado, é o direito sobre que recai a tutela cautelar. Essa referibilidade é essencial.

Um exemplo: o arresto de dinheiro do devedor inadimplente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor. O direito de crédito é o direito acautelado; o direito à cautela é o direito à utilização de um instrumento processual que assegure o direito de crédito.

A tutela cautelar é, ainda, *temporária*, por ter sua eficácia limitada no tempo⁴. A tutela cautelar dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. Além disso, tende a extinguir-se com a obtenção da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da demanda principal em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado. Por exemplo: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente.

Com base em reflexões de Ovídio Baptista da Silva⁵, é possível fazer distinção entre o *provisório* e o *temporário*.

O *provisório* é sempre preordenado a ser “trocado” pelo *definitivo* que goza de mesma natureza – ex.: “flat” provisório em que se instala o casal a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção).

Já o *temporário* é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação – ex.: andaimes colocados para a pintura do edifício em que residirá o casal lá ficarão o tempo necessário para conclusão do serviço (e feito o serviço, de lá sairão, mas nada os substituirá).

A despeito de temporária, a tutela cautelar é, como já visto, *definitiva*.

Os adjetivos podem conviver: definitivo é o oposto de *provisório*. A tutela cautelar é temporária, mas não é provisória, pois nada virá em seu lugar da mesma natureza – é ela a tutela assecuratória definitiva e inalterável daquele bem da vida. Mas seus efeitos têm duração limitada e, cedo ou tarde, cessarão.

4. Com posicionamento peculiar, Daniel Mitidiero defende que toda tutela, seja ela cautelar ou satisfativa, tem eficácia temporária. Para que cessem seus efeitos basta que ocorra uma mudança da situação fático-jurídica que ensejou sua concessão. O que há de peculiar na tutela cautelar é que a situação fático-jurídica que lhe serve de base é naturalmente mais instável, o que torna mais evidente a sua temporariedade eficaz, diz (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 197, p.35). De fato, a cláusula *rebus sic stantibus* é inerente a qualquer decisão judicial, conforme, aliás, defendido neste *Curso*. A temporariedade da tutela cautelar, no sentido em que apresentado neste *Curso*, tem significado diverso: a tutela cautelar, em razão da sua referibilidade à tutela de outro direito, não dura para sempre: é eficaz apenas enquanto for útil.

5. *Processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86 segs.

1.2.2. A coisa julgada cautelar

A temporariedade da tutela cautelar não exclui, como visto, sua *definitividade*.

A demanda cautelar, como todo ato de postulação, possui um objeto, um mérito⁶, composto por pedido (de segurança) e causa de pedir (remota: plausibilidade do direito acautelado e o perigo da demora; próxima: direito à cautela).

Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (como exige a fumaça do bom direito).

A probabilidade do direito (tradicionalmente chamada “*fumus boni iuris*”) é elemento do suporte fático do direito à cautela. Ou seja: conforme veremos, para que seja reconhecido o direito à tutela cautelar de outro direito, é necessário mostrar que esse *outro direito*, ou direito acautelado, é *provável*. Uma vez concretizado esse suporte fático (probabilidade do direito acautelado), o direito à cautela pode ser certificado com definitividade.

Ter um suporte fático integrado pela probabilidade ou plausibilidade não implica que o direito que dele decorre não possa ser reconhecido em decisão fundada cognição exauriente. Essa é a profundidade cognitiva a que se precisa chegar para que seja reconhecido o direito à cautela: a *probabilidade* do direito acautelado. A doutrina aponta outros direitos subjetivos que se assentam em pressupostos fáticos integrados pela probabilidade. É o que se diz do direito à indenização pelos lucros cessantes, que decorre probabilidade de lucro, e os direitos do nascituro, que se fundam na probabilidade de que nasça com vida⁷.

Um exemplo. Para deferir *definitivamente* o arresto (medida cautelar), é necessário que o julgador examine, de forma exauriente, o preenchimento dos pressupostos legais (probabilidade do direito acautelado e o perigo da demora) do pedido de cautela; sobre o direito acautelado a cognição será sumária, mas sobre o direito à cautela, exauriente.

Assim, se há decisão cautelar de mérito, com cognição exauriente, e não mais sujeita a recurso, há coisa julgada cautelar⁸.

Importante conferir as colocações de Calmon de Passos sobre o tema, que geram muita polêmica⁹:

-
6. Defendendo inclusive uma “ação material cautelar”, GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”, cit., p. 591-592.
 7. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada – reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 191, p. 368.
 8. Assim, COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada – reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”, cit, p. 365. Admite, também, a coisa julgada cautelar, MITIDIERO, Daniel. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p.36.
 9. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo civil*, v. 8, t. 1, cit., p. 277 ss.; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 377 e segs. OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, a despeito de repudiar os

“Ouso dizer, e que me perdoem o atrevimento, que as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alterações nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior, pode legitimar a postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito”¹⁰.

A decisão *final* cautelar viabiliza uma *tutela definitiva*, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a tornar-se imutável.

Temporários são apenas seus efeitos práticos. A cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado ou quando ele não for reconhecido¹¹, mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.

Em suma, a decisão é *definitiva*, mas seus efeitos são *temporários*.

Assim, por ser *definitiva*, a decisão *final* cautelar não pode ser tida como *provisória* (ou precária). Não é uma decisão *provisória* a ser, posteriormente, substituída por uma definitiva – que a confirme, modifique ou revogue. Ela é a decisão *final, definitiva*, para a questão.

argumentos expendidos por outros autores para justificar a inexistência de coisa julgada cautelar – como a ausência de sentença de mérito ou a provisoriedade de sua decisão –, segue-os em sua conclusão. O autor defende que a sentença cautelar não transita em julgado, mas por outras razões; entende que isso “decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se à simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular e à existência de uma situação de fato de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre os fatos jamais adquire selo de indiscutibilidade, pois sobre eles não se estende a coisa julgada (...) o juiz de futura demanda, ao reapreciar a mesma causa e decidir de modo diverso, nunca poderia agredir uma declaração sentencial contida no primeiro julgamento, pois a primeira sentença, por definição, nada declarou a respeito de qualquer relação jurídica” (*Processo cautelar*, cit., p. 185).

10.. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, v. 10, p. 237.

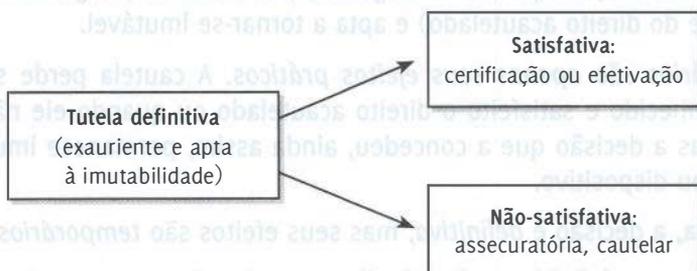
11. Embora existam formas anômalas de perda de eficácia da cautelar como a homologação da desistência do pedido cautelar (art. 485, VIII) e as hipóteses do art. art. 309, a serem posteriormente analisadas.

Uma vez proferida, a decisão *final* cautelar não é suscetível de ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Preclusas as vias recursais, o seu dispositivo não poderá ser alterado, nem mesmo pela superveniência de fatos novos, como sustentava clássica doutrina, a partir da letra do art. 807, *caput*, CPC-1973¹²⁻¹³. A modificação do substrato fático pode ensejar uma *nova* demanda cautelar (com *nova* causa de pedir), a ser decidida por *nova* sentença; como visto no capítulo sobre coisa julgada, essa nova decisão não interfere na coisa julgada (cautelar) formada sobre a decisão proferida anteriormente.

É exatamente isso que justifica o parágrafo único do art. 309: “Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento”.

1.3. Síntese

De toda essa exposição, resta claro que a tutela *definitiva* pode ser *satisfativa* (cognitiva ou executiva) ou *não-satisfativa* (cautelar), sendo sempre exauriente e predisposta à coisa julgada.



2. “TUTELA PROVISÓRIA”: ANTECIPAÇÃO PROVISÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA DEFINITIVA

2.1. Generalidades

A entrega de todo tipo de tutela definitiva demora, necessariamente. O processo exige tempo.

12. “Art. 807. As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Essa mesma leitura não pode ser extraída do art. 296 do CPC-2015, que, apesar de conter texto semelhante, só é aplicável à tutela *provisória* (cautelar ou satisfativa) e, não, à tutela *definitiva* cautelar.
13. THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 377-378; com visão similar, LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 8, t. 1, p. 227-228.

A rigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize plenamente o devido processo legal e todos os seus consectários, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir *imediatamente*.

O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a necessidade de razoabilidade na gestão do tempo, com olhos fixos na: *i)* demora irrazoável, o abuso do tempo, pois um processo demasiadamente lento pode colocar em risco a efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo em casos de urgência; e na *ii)* razoabilidade da escolha de quem arcará com ônus do passar do tempo necessário para concessão de tutela definitiva, tutelando-se provisoriamente aquele cujo direito se encontre em estado de evidência.

Essa seria a função constitucional das tutelas provisória: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

Em situação de *urgência*, o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. Este é um dos males do tempo do processo¹⁴.

Em situação de *mera evidência* (sem urgência), o *tempo necessário* para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa) não deve ser suportado pelo titular de direito assentado em afirmações de fato comprovadas, que se possam dizer evidentes. Haveria, em tais casos, violação ao princípio da igualdade.

No intuito de abrandar os efeitos perniciosos do tempo do processo, o legislador instituiu uma importante técnica processual: a antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar).

A principal *finalidade* da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo*, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

14. Interessante o pensamento de Roberto Campos Gouveia Filho e Mateus Costa Pereira que colocam o perigo da demora (pressuposto para a antecipação de tutela, seja de natureza satisfativa urgente, seja de natureza cautelar) como elemento (um dos) de suporte fático de fato jurídico processual, fato este que gera o dever (processual, pois conteúdo da relação jurídica-processual) para o Estado-juiz de antecipar a tutela (“Ação material e tutela cautelar”, cit., p. 583-584).

Esta é a *tutela antecipada*, denominada no CPC-2015 como “*tutela provisória*”¹⁵. A tutela provisória confere a pronta satisfação ou a pronta asseguuração.

A decisão que concede *tutela provisória* é baseada em *cognição sumária* e dá eficácia imediata à tutela definitiva pretendida (satisfativa ou cautelar).

Por ser provisória, será substituída por uma tutela definitiva, que a confirme, revogue ou modifique.

2.2. Características

A tutela provisória é marcada por três características essenciais:

a) a *sumariedade da cognição*, vez que a decisão se assenta em análise superficial do objeto litigioso e, por isso, autoriza que o julgador decida a partir de um *juízo de probabilidade*;

b) a *precariedade*. A princípio, a tutela provisória conservará sua eficácia ao longo do processo, ressalvada a possibilidade de decisão judicial em sentido contrário (art. 296, parágrafo único, CPC). Mas ela poderá ser *revogada ou modificada* a qualquer tempo (art. 296, *caput*, CPC)¹⁶.

A revogação ou modificação de uma tutela provisória só pode dar-se, porém, em razão de uma alteração do estado de fato ou de direito ou do estado de prova – quando, por exemplo, na fase de instrução, restarem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela¹⁷.

c) e, por ser assim, fundada em *cognição sumária* e *precária*, a tutela provisória é *inapta a tornar-se indiscutível pela coisa julgada*¹⁸.

-
15. Na versão do Projeto do CPC de 2015 aprovada na Câmara de Deputados, o instituto fora denominado de “Tutela Antecipada”, designação que nos parece tecnicamente mais adequada, que inclusive foi o título dado ao Livro V dedicado à matéria. Entretanto, quando o referido projeto voltou para o Senado, substituiu-se o termo “Tutela Antecipada” por “Tutela Provisória”, reservando-se a expressão “Tutela Antecipada” exclusivamente para aquelas tutelas provisórias de caráter satisfativo. Não foi a opção mais adequada, como se verá, pois *não* há uma tutela antecipada definitiva, que se oporia à tutela antecipada provisória. Antecipar é técnica. Satisfazer tem a ver com o tipo de tutela. A tutela provisória é, isso sim, uma técnica processual de antecipação provisória dos efeitos finais da tutela definitiva, sendo esta última (a tutela definitiva) a única que goza da autonomia necessária para ser designada de “tutela”, representando funções jurisdicionais próprias de certificação, a efetivação e o acautelamento do direito. E essa tutela antecipada tanto pode ser satisfativa como não satisfativa. Confirma essa visão o enunciado n. 25 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”. Mas a terminologia legislativa não será desconsiderada nesse capítulo – nem poderia ser. Opta o legislador por falar em tutela provisória satisfativa (chamada de “antecipada”) e não satisfativa (denominada “cautelar”) e são esses termos que serão aqui utilizados.
16. Na verdade, a simples improcedência do pedido de tutela definitiva é suficiente para que a tutela provisória perca sua eficácia. É o entendimento do enunciado n. 140 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada”.
17. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., cit., p. 35-36.
18. A tutela antecipada (provisória satisfativa) concedida e não questionada pode passar por um fenômeno de estabilização, previsto no art. 304, CPC. Essa estabilização da tutela antecipada não se confunde, contudo, com a coisa julgada, como se verá adiante.

2.3. Espécies de tutela provisória: satisfativa (antecipada) e cautelar

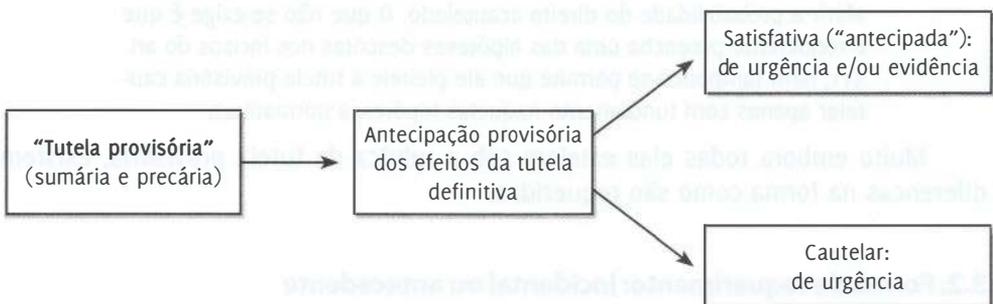
Qualquer tutela definitiva, e somente a tutela definitiva, pode ser concedida provisoriamente. As espécies de tutela definitiva são, por isso, as espécies de tutela provisória.

A tutela provisória pode ser, então, satisfativa ou cautelar. Pode-se, assim, antecipar provisoriamente a satisfação ou a cautela do direito afirmado.

A tutela provisória *satisfativa* antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida. Esta é a espécie de tutela provisória que o legislador resolveu denominar de “*tutela antecipada*”, terminologia inadequada, mas que não será desconsiderada ao longo deste capítulo.

A tutela provisória *cautelar* antecipa os efeitos de tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação (arts. 294 e 300, CPC). A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é *provisória* por dar eficácia imediata à tutela definitiva não-satisfativa; e é *cautelar* por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o.

Feitos os devidos esclarecimentos, é assim que se pode esquematizar a tutela provisória e seus desdobramentos:



3. REGIME JURÍDICO DA TUTELA PROVISÓRIA: REGRAS GERAIS

3.1. Fundamento: urgência ou evidência

Na forma do art. 294, CPC, a tutela provisória pode fundamentar-se em *urgência* ou *evidência*.

As tutelas provisórias de *urgência* (satisfativa ou cautelar) pressupõem a demonstração de “probabilidade do direito” e do “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC).

A tutela provisória de *evidência* (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC, examinado mais à frente.

A *urgência* pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória *cautelar* ou *satisfativa* (arts. 294, parágrafo único, e 300, CPC). A *evidência*, contudo, só autoriza a tutela provisória *satisfativa*¹⁹ (ou simplesmente “tutela antecipada”, metonímia legislativa) (arts. 294 e 311, CPC).

Assim, para pedir uma tutela provisória satisfativa, é preciso alegar e demonstrar *urgência* (art. 300, CPC) ou *evidência* (art. 311, CPC) – ou ambas, obviamente; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de *urgência*. Isso se dá porque a *urgência* é inerente à tutela cautelar.

Se, ao pleitear a tutela provisória cautelar, além de *urgência*, estiver configurada uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 311 (tutela de *evidência*), tanto melhor para o requerente. O importante é que (i) não se pode pleitear tutela provisória cautelar com fundamento *apenas* no art. 311 do CPC, (ii) nem se pode exigir do requerente, em casos tais, que ele demonstre, além da *urgência*, a *evidência* do direito à cautela, isto é, uma das hipóteses do art. 311 do CPC.

É importante lembrar que *evidência* do direito à cautela não se confunde com probabilidade do direito acautelado. Esta última é um pressuposto para que a tutela cautelar (definitiva ou provisória) seja concedida, de modo que, para que seja deferida a tutela cautelar, é necessário aferir a probabilidade do direito acautelado. O que não se exige é que o requerente preencha uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 311, nem tampouco se permite que ele pleiteie a tutela provisória cautelar apenas com fundamento naquelas hipóteses normativas.

Muito embora todas elas estejam sob a rubrica da tutela provisória, existem diferenças na forma como são requeridas.

3.2. Forma de requerimento: incidental ou antecedente

A tutela provisória de *urgência* pode ser requerida em caráter *antecedente* ou *incidente*; a tutela provisória de *evidência* só pode ser requerida em caráter *incidente* (art. 294, p. único, CPC).

19. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Tutela de evidência no Projeto de novo CPC – uma análise de seus pressupostos”. *O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 171, nota 8.

Essa classificação considera o *momento* em que o pedido de tutela provisória é feito, comparando-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva. Em ambos os casos, a tutela provisória é requerida dentro do processo em que se pede ou se pretende pedir a tutela definitiva.

É importante repetir: só as tutelas provisórias *de urgência* podem ser requeridas em caráter antecedente. É a urgência que justifica sua formulação antes mesmo da formulação do pedido de tutela definitiva. A tutela provisória *de evidência* não pode ser requerida em caráter antecedente.

A tutela provisória *incidental* é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento), independentemente do pagamento de custas (art. 295, CPC)²⁰. É requerimento *contemporâneo ou posterior* à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com um processo pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com um processo pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, pede a tutela provisória.

O art. 308, §1º, CPC, consagra a possibilidade de cumulação de pedido cautelar e não cautelar. Nada impede, então, que o autor deflagre demanda em que deduza, desde já, o seu pedido principal (satisfativo/definitivo) em cumulação com pedido cautelar.

Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: *a)* na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); *b)* em petição simples; *c)* oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; *d)* ou no bojo da petição recursal. O requerimento pode veicular postulação de qualquer tipo de tutela provisória (*de urgência* ou *de evidência*), satisfativa ou cautelar (art. 294, p. único, CPC) – lembrando que a *evidência*, por si só, não serve como fundamento da tutela provisória cautelar.

A tutela provisória *antecedente* é aquela que deflagra o processo em que se pretende, *no futuro*, pedir a tutela definitiva. É requerimento *anterior* à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento). Primeiro, pede-se a tutela provisória; só depois, pede-se a tutela definitiva.

A situação de urgência, já existente no momento da propositura da ação, justifica que o autor, na petição inicial, limite-se a requerer a tutela provisória de urgência.

20. Daí dispor o Enunciado n. 26 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que: “A decisão que condicionar a apreciação da tutela antecipada incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento”.

No mais, incumbe-lhe simplesmente:

i) se a tutela requerida for provisória satisfativa (“antecipada”), indicar o pedido de tutela definitiva (“final”), com a exposição sumária da causa de pedir, do direito que se busca *realizar* e do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do risco ao resultado útil do processo;

ii) ou, se a tutela requerida foi provisória cautelar, expor sumariamente a causa de pedir, o direito que será objeto de pedido de tutela definitiva (direito acautelado) e satisfativa (“pedido principal”) e o perigo de dano ou de ilícito, ou ainda o risco ao resultado útil do processo (art. 305, CPC).

A tutela provisória antecedente foi concebida para aqueles casos em que a situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente.

Resta definir a qual juízo deve ser o requerimento dirigido.

De acordo com o art. 299, CPC, a tutela provisória incidental deverá ser endereçada ao próprio juízo ou órgão do tribunal que conduz a demanda e que seja competente para apreciar o mérito da causa; já a tutela provisória antecedente deve ser requerida ao juízo ou tribunal com competência originária para conhecer o pedido principal (i.e., de tutela definitiva)²¹. O parágrafo único do art. 299 do CPC dispõe, por sua vez, que “ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”.

O que importa é que, sempre, em qualquer situação, o pleito provisório deve ser devidamente fundamentado, com a exposição clara e precisa da situação de perigo ou de evidência, bem como dos efeitos práticos (sociais) que se quer adiantar.

3.3. Legitimidade

Todo aquele que alega ter direito à tutela jurisdicional (definitiva) está legitimado a requerer a antecipação provisória dos seus efeitos; essa é a regra, que não comporta exceções. Afinal, a tutela jurisdicional pode ser encarada como o resultado prático favorável proporcionado a quem tenha razão, obtido após o exercício da função jurisdicional. Este resultado “pode beneficiar tanto ao autor quanto ao

21. Mesmo se o processo estiver suspenso em razão da pendência de resolução de demandas repetitivas – por ordem do relator respectivo (art. 982, I, CPC) –, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (art. 982, §2.º, CPC).

rêu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja no direito material”.²²

Assim, autor, réu, terceiros intervenientes (que, a partir da intervenção, se tornam parte) podem requerer a antecipação provisória dos efeitos da tutela (satisfativa ou cautelar), pois todos têm o direito à tutela jurisdicional e, uma vez preenchidos os pressupostos de lei, também à antecipação provisória dos seus efeitos.

Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão provisória²³.

Cabe tutela provisória em favor do denunciante à lide. Não há razão para vetar, em tese, o cabimento da tutela provisória em favor do denunciante, principalmente quando se sabe que, à luz do art. 128, II e III, CPC, pode ele abdicar do seu interesse na ação principal para concentrar-se na demanda regressiva (sobre o assunto, ver o volume 1 deste *Curso*). Esse comportamento do denunciante revela aceitação da derrota em face do seu adversário originário e, a depender do comportamento do denunciado, pode autorizar a concessão da tutela provisória em seu favor.

O réu pode requerer a tutela provisória quando for reconvinente e denunciante; quando formular pedido contraposto; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão²⁴. Também é possível a antecipação dos efeitos do acolhimento do contradireito²⁵ (direito de retenção, direito de compensar etc.) exercido pelo réu em defesa.

Até mesmo quando simplesmente contesta demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requerer a antecipação provisória dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia²⁶.

O CPC-1973 falava em requerimento da “parte”, sem indicar qual delas. E nesse mesmo dispositivo mencionava “pedido inicial”. No

22. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, p. 28.

23. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 647. Cássio Scarpinella Bueno, na vigência do CPC de 1973, entendia só ser possível se o assistente simples atuasse na condição de gestor de negócios (art. 52, parágrafo único, CPC-1973). No regime atual, corresponderia a afirmar que só seria possível quando o assistente atuasse como substituto processual (art. 121, p. único, CPC-2015) (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44).

24. Sobre o assunto, ver o volume 1 deste *Curso*, na parte sobre a classificação das ações.

25. Sobre o assunto, ver o volume 1 deste *Curso*, na parte sobre a classificação das ações.

26. Marinoni pontua ser inquestionável que em ação dúplice e em reconvenção é possível o réu pedir a antecipação de tutela. Já a possibilidade de solicitá-la em sede de simples contestação, parece-lhe mais complexa. Ainda assim, admite (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 174).

CPC-2015, não há semelhante previsão. A tutela provisória pode ser requerida por qualquer das partes ou por terceiro interveniente.

Mas no caso de tutela provisória de urgência, requerida em caráter *antecedente*, em que se fala em requerimento na “petição inicial” (art. 303, §1.º, I, e 305, CPC), a legitimidade fica restrita à figura do autor. De fato, só o autor poderá se valer dessa medida e por essa via (petição inicial). Seria complicado admitir-se a formulação do requerimento em caráter antecedente em instrumento de outros atos postulatórios como a reconvenção ou a denunciação da lide, na medida em que há prazo curto em lei para sua apresentação, que deve ser feita concomitantemente ao pleito de tutela definitiva, sob pena de preclusão temporal e consumativa.

Agora, para a tutela provisória requerida em caráter *incidente*, de urgência ou de evidência, não há qualquer restrição à legitimidade para requerê-la. Pode ser o autor, o réu ou terceiro interveniente. Violaria, frontalmente, o princípio da igualdade, conferindo ao autor um benefício não atribuído ao réu, sem justificativa razoável, caso se pensasse de modo diferente²⁷⁻²⁸.

Segue um bom exemplo de tutela provisória concedida em favor do réu.

Em demanda condenatória contestada, tendo remetido o autor, em razão da suposta dívida, informações para órgãos de proteção ao crédito, poderá o réu, em tese, postular a antecipação provisória de efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que seu nome seja provisoriamente excluído do rol de devedores inadimplentes ou de que não seja divulgada essa informação²⁹. Para quem considera os *embargos à execução* uma demanda proposta pelo executado contra o exequente, sendo os embargos de executado manifestamente protelatórios, pode o réu/exequente requerer, como tutela provisória, a continuidade do processo executivo, eventualmente suspenso pela concessão de efeito suspensivo aos embargos³⁰.

27. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 154. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 173 e 174.

28. Sob o regime do CPC-1973, defendiam que apenas o autor tinha direito à tutela antecipada, NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 647, nota 8 ao art. 273; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 55.

29. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 2ª ed., 2001, p. 354. Ainda sobre a antecipação de tutela requerida pelo réu, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 517-522; OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu na tutela antecipatória*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 121-216.

30. CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. “A antecipação dos efeitos da tutela judicial nos embargos à execução”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: s/e, 1999, v. 6, p. 483.

Também tem legitimidade o *substituto processual*, pois se está legitimado a defender o direito do outro, em razão do benefício que disso lhe resulta, mediante tutela definitiva, tem também legitimação para requerer tutela provisória correspondente³¹.

O *Ministério Público* pode requerer a tutela provisória quando for parte (art. 177, CPC,) e quando for assistente diferenciado de incapazes (art. 178, II, CPC)³². Na qualidade de fiscal da ordem jurídica (art. 178, *caput*, I e III, CPC), poderá o Ministério Público apoiar/repelir/sugerir o pleito provisório formulado³³; não poderá, entretanto, formular requerimento autônomo de tutela provisória³⁴.

Vistos os limites da legitimidade para requerer a tutela provisória, necessário definir em quais procedimentos é ela cabível.

3.4. Cabimento

A tutela provisória é amplamente cabível no procedimento comum do CPC (art. 318, CPC) e no procedimento das leis dos Juizados Especiais Cíveis.

Segundo Athos Gusmão Carneiro, a antecipação de tutela (hoje, tutela provisória), a princípio, não teria cabimento no procedimento dos Juizados Especiais (Estaduais e Federais), tendo em vista a principio-logia que informa este procedimento. Mas, na prática forense, não é isso que se tem observado. Os juízes têm lançado mão do instituto, para conceder tutela de urgência pelo fato de que, rapidamente, os Juizados ficaram congestionados e seu procedimento tornou-se mais lento do que o esperado.

31. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 23.

32. Posicionamo-nos, assim, com Antônio Cláudio da Costa Machado, que não vê no caso intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. (*Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 216-229.) O mesmo autor, entretanto, nega, nesses casos, legitimidade do Ministério Público para requerer antecipação provisória dos efeitos da tutela, “porque o Ministério Público pelos incapazes não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litisconsorcial”, não detendo legitimidade para requerer tutela provisória, só podendo sugeri-la. (*Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. 2 ed., p. 514). Defendendo a legitimidade do Ministério Público para requerer tutela provisória, quando intervém no processo em razão da qualidade da parte (art. 178, II e III, CPC), Marcelo Zenkner. O mesmo autor reconhece legitimidade ao Ministério Público para requerer tutela provisória nos casos de intervenção em razão do objeto litigioso (art. 178, III, CPC), como forma de reafirmação da função ministerial de resguardar o interesse público (*Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 162, 163 e 165).

33. Em outro sentido, admitindo a possibilidade de requerimento de tutela provisória pelo Ministério Público fiscal da ordem jurídica, FARIAS, Cristiano Chaves. “O Ministério Público interveniente (*custos legis*) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo”. *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 30, p. 728-741. Cássio Scarpinella Bueno entende que, também na qualidade de fiscal da ordem jurídica, o membro do Ministério Público pode solicitar tutela provisória, desde que seu pedido esteja em consonância com os interesses e direitos que ensejam sua atuação no feito, sob pena de desmerecimento de suas atribuições institucionais e da função social e efetividade do processo (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43).

34. Assim, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Tutela antecipada*, cit., p. 516-517.

Não foi por outra razão que o Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais editou, em matéria cível, o enunciado n. 26: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis (XXIV Encontro – Florianópolis/SC)”. Por tutela antecipatória, leia-se tutela provisória satisfativa.

A tutela provisória também é cabível nos *procedimentos especiais* (art. 318, parágrafo único, CPC).

Inicialmente, deve-se observar que a tutela provisória conta com previsão específica em alguns procedimentos especiais. Isso, em geral, com base na constatação de que o direito tutelado pode ser evidenciado de plano ou merece um tratamento diferenciado por sua relevância social. Para a concessão de tutela provisória nesses procedimentos especiais, a lei exige o preenchimento de outros pressupostos, distintos daqueles previstos nos arts. 303, 305 e 311, CPC, como acontece nas ações possessórias (art. 562 do CPC) e nas ações de despejo (art. 59, § 1º, Lei n. 8.245/1991)³⁵.

Muito se discute se, em tais procedimentos especiais, que contam com tutela provisória com pressupostos específicos, seria cabível a tutela provisória fundada em pressupostos genéricos, do Livro V da Parte Geral do CPC. O debate escapa aos limites do presente *Curso*, mas não é demasiado referir-se a um caso de especial relevo: o das ações possessórias. Nas ações possessórias de força velha – assim entendidas como aquelas propostas depois de ano e dia, contados do esbulho ou da turbação –, seguindo a letra do art. 558, p. único, do CPC, é admissível a tutela provisória satisfativa genérica, desde que preenchidos os pressupostos legais genéricos³⁶.

Além disso, se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela provisória, não há óbice a que se permita a concessão da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar) ou de evidência, se preenchidos os pressupostos genéricos dos arts. 303, 305 e 311, CPC.

Permite-se, por exemplo, a concessão de tutela provisória em ações de despejo fora das hipóteses do § 1º do art. 59 da Lei n. 8.245/1991³⁷.

35. São casos em que se presume a evidência do direito, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 178.

36. Nesse sentido, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 190; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 178.

37. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5ª ed., cit., p. 112.; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 191; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 179. Em sentido diverso, João Batista Lopes, sob o argumento de que se estaria indo contra a vontade do legislador, bem como de que essas medidas seriam irreversíveis, não se satisfazendo com mera indenização. (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 93-95).

Por fim, uma breve nota sobre a possibilidade de tutela provisória nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Levando-se em conta a natureza da tutela prestada em tais procedimentos, em muitos deles a tutela provisória é compatível – tal como autoriza o art. 318, parágrafo único, CPC. Basta que sejam preenchidos os pressupostos legais³⁸. Difícil de imaginar tutela provisória, tão somente, em procedimentos meramente receptícios (interpelações, notificações etc.) – pois “são procedimentos que exauzem seus efeitos na sua própria concretização”³⁹.

Um bom exemplo de tutela provisória em jurisdição voluntária é a nomeação de um curador provisório para o interditando, no procedimento de interdição ou em um procedimento de remoção de curador – promove-se, com isso, antecipação provisória dos efeitos práticos do provimento constitutivo ou meramente tutelar (art. 749, parágrafo único, e 762, CPC).

A tutela provisória na fase executiva ou no processo de execução será estudada no volume 5 deste *Curso*. Mas já se pode adiantar que o art. 318, parágrafo único, CPC, admite aplicabilidade subsidiária das regras do procedimento comum também ao processo ou fase executiva, dentre elas, aquelas relativas à tutela provisória.

À tutela provisória no âmbito do processo coletivo dedica-se item exclusivo no v. 4 desta coleção, inteiramente dedicado ao estudo da tutela jurisdicional coletiva.

3.5. Momento da concessão

3.5.1. Considerações iniciais

Como visto, a tutela provisória de urgência *antecedente* só pode ser requerida *in limine litis*, na petição inicial do processo em que se pretende formular, no futuro, o pedido de tutela definitiva, ainda que sua concessão se dê mediante justificacão prévia ou oitiva da outra parte (art. 303, §6º, CPC). Isso, porém, não quer dizer que será *decidida liminarmente*, isto é, antes da citação e oitiva do requerido – é possível, por exemplo, a designação de justificacão prévia (art. 300, §2º, CPC).

Assim, a tutela provisória de urgência antecedente é requerida liminarmente, mas não necessariamente será decidida liminarmente. Já a tutela provisória *incidental* pode ser requerida e concedida a qualquer tempo: desde o início do processo (*liminarmente*) até seus momentos finais.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, preclui a faculdade de requerer a tutela provisória quando, preenchidos seus pressupostos, a

38. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, 2003, p. 52.

39. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, 2003, p. 52.

parte não formular seu requerimento. Seria uma preclusão temporal. O prazo, conclui o autor, seria aquele supletivo do art. 218, §3º, CPC⁴⁰. Cássio Scarpinella Bueno entende ser muito rígida a imposição desse prazo de cinco dias, sob pena de preclusão. Para o autor, o mais correto é que o desrespeito ao prazo não conduza à preclusão, mas, sim, influencie convicção judicial, ou seja, caso seja tutela provisória de urgência, se era tão urgente assim a medida, o juiz deve ponderar por que a parte demorou tanto para formular seu pedido.⁴¹ Já João Batista Lopes é mais objetivo: entende que não há que se falar em preclusão temporal, porquanto a lei não tenha fixado prazo para o requerimento. Pode ser formulado a qualquer tempo⁴². Têm razão os dois últimos autores: a formulação do pedido de tutela provisória é uma faculdade, cujo exercício não se submete a prazo preclusivo.

Interessa analisar pontualmente os principais momentos do processo em que pode ser *concedida* a tutela provisória.

3.5.2. Liminarmente

Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida *in limine litis*, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento: o seu início. *Liminar* não é substantivo. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.

“Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação”⁴³.

40. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 376.

41. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 63.

42. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 79.

43. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25. Nesse sentido, PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de*

O Código de Processo Civil adota a mesma linha de raciocínio, referindo-se à medida liminar nesse sentido – de medida tomada anteriormente à citação –, o que se pode extrair do texto dos artigos 239, 300, §2º, 302, II, e 311, parágrafo único. É também nesse sentido que o legislador se vale do adjetivo quando cria a *improcedência liminar do pedido* (art. 332, CPC).

A concessão *liminar* da tutela provisória – antes da ouvida do réu – só é possível quando se trata de tutela de urgência (art. 300, §2º, CPC) ou de evidência (satisfativa) prevista nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311⁴⁴ – conforme delimita o parágrafo único desse mesmo dispositivo⁴⁵. Isso vale tanto para o requerimento antecedente como para o incidente.

Perceba, então, que não há uma implicação necessária entre a forma do requerimento (antecedente ou incidente) e a análise liminar: o requerimento pode ser *antecedente*, mas *não-liminar* (depender, por exemplo, de justificação prévia – art. 300, §2º, CPC), ou pode ser *incidente* e ser decidido *liminarmente*.

A tutela provisória de *urgência* poderá ser concedida liminarmente quando o perigo de dano ou de ilícito, ou o risco ao resultado útil do processo estiverem configurados antes ou durante o ajuizamento da demanda. Caso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado. Seria uma restrição ilegítima e desproporcional ao seu direito de manifestação e defesa. Somente o *perigo*, a princípio, justifica a restrição ao contraditório⁴⁶.

Entretanto, sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio, o juiz deve justificar a postergação da análise do requerimento liminar⁴⁷.

A tutela provisória de *evidência* (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido

Processo Civil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 18; THEODORO Jr., Humberto. “Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 119; ZOLLINGER, Márcia Brandão. “Provimentos antecipatórios, cautelares e liminares: a importância da distinção”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 18, p. 763-768.

44. Ou seja, quando: “II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

45. Em sentido diverso, Calmon de Passos, que não admite a concessão de tutela antecipada sem a prévia oitiva do adversário (PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 26 e 27) e Sérgio Bermudes (*A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29).

46. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 80.

47. Assim, o Enunciado n. 30 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela antecipada de urgência sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio”.

hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são casos em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência *in limine litis* em favor do demandante. Acrescente-se a isso “a elevada qualidade do seu direito e a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la”⁴⁸.

A tutela provisória de *evidência punitiva* (art. 311, I, CPC) pressupõe que tenham sido praticados atos pelo réu de embaraço ao andamento do processo. Assim, difícil de imaginar sua ocorrência antes da efetiva participação do réu na causa (em caráter liminar, pois). Não é absurdo imaginar a hipótese em que o réu se esquivava furtivamente de receber o mandado de citação⁴⁹. Essa conduta, contudo, somente poderá servir como fundamento para a concessão da tutela provisória *depois* da ouvida do réu⁵⁰, já que o parágrafo único do art. 311 não inclui o inciso I entre as hipóteses que podem ensejar uma decisão liminar.

A verdade é que não se admite a concessão de tutela provisória liminar, em tais situações; a mitigação do princípio do contraditório não se justifica para efetivar uma sanção antecipada por um comportamento abusivo, alegado e provado apenas unilateralmente.

A tutela de *evidência* prevista no art. 311, IV, CPC, é admissível quando o autor trazer prova documental suficiente do fato constitutivo do seu direito, mas o réu não opuser prova apta a gerar dúvida razoável. Tendo em vista que um dos pressupostos para a concessão da medida antecipatória é a insuficiência da contraprova do réu, supondo-se que já tenha sido ele citado e ouvido, não há que se falar em sua concessão liminar; por isso, aliás, não há alusão a essa possibilidade no parágrafo único do dispositivo.

Registre-se, por fim, que o que aqui se disse se aplica, também, ao pedido ulterior de tutela provisória, que somente pode dispensar o contraditório *prévio* em situações de urgência ou de evidência, fundada, neste último caso, nas hipóteses dos incisos II e III do art. 311, CPC.

É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência, de providências jurisdicionais

48. GRECO, Leonardo. “A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015”, cit., p. 320- 322. Mas o autor, mesmo assim, sustenta que, em interpretação constitucional da regra, com base no art. 5.º, LV, CF, deve ser exigido o *periculum in mora* para concessão *liminar* dessa tutela. Só a urgência autorizaria a postergação do contraditório.

49. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 87; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41.

50. Nesse sentido, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 125. Em sentido contrário, mas no regime do CPC-1973, quando não havia vedação expressa à tutela provisória punitiva liminar, NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 43, p. 27.

antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência, em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade).

3.5.3. Na sentença

A tutela provisória pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos já no momento da prolação da sentença. Perceba que, neste caso, haveria *cognição exauriente*, e não *sumária*.

Seria possível o juiz concedê-la, nesses termos, em sede de sentença?

Claro que sim.

Mas é necessário distinguir duas situações: *i)* em sendo caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo – que, em regra, impedem a execução provisória –, a concessão da tutela provisória no bojo da sentença terá por consequência retirá-la do estado de ineficácia e autorizar o cumprimento provisória⁵¹; *ii)* em sendo caso, tão somente, de apelação sem efeito suspensivo – e não sendo caso de reexame necessário –, a execução provisória já está automaticamente autorizada, sendo pouco útil a concessão da tutela provisória.

Perceba-se que se trata de técnica de adiantamento provisório dos *efeitos* da tutela e, não, da tutela em si. Sabendo-se que no sistema recursal brasileiro a regra geral é o recurso de apelação ser dotado de efeito suspensivo, impedindo que a sentença apelada produza efeitos de plano, a grande utilidade da tutela provisória concedida no bojo da sentença consiste em conferir-se eficácia imediata à decisão, quebrando o efeito suspensivo do recurso.

3.5.4. Em grau recursal⁵²

A tutela provisória pode ter, por fim, seus pressupostos preenchidos depois da prolação da sentença.

Se a sentença já foi proferida e o processo já está no tribunal, em grau de recurso, deve-se formular o requerimento de tutela provisória incidental dirigido ao próprio tribunal, para que seja apreciado pelo órgão responsável pelo julgamento do recurso (art. 299, parágrafo único, CPC). O deferimento da medida conduzirá à imediata eficácia da sentença.

51. É medida que subtrai o efeito suspensivo da apelação, conforme art. 1012, §1º, V, CPC.

52. Sobre o tema, vale conferir a valiosa contribuição de William Santos Ferreira: *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

Como o juiz de primeira instância já encerrou seu ofício na fase de conhecimento (art. 494, CPC), não podendo mais atuar na causa com esse propósito, a competência para apreciar pedido de tutela provisória é do tribunal.

O requerimento deve ser formulado por petição *simples*, mediante demonstração de preenchimento dos pressupostos dos arts. 995 e 1.012, §4º (este último aplicado analogicamente), e encaminhada ao:

a) tribunal, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame preventivo para julgá-lo;

b) relator, se já distribuído o recurso (aplicando-se genericamente, a todos os recursos em que cabível, o regramento da apelação e dos recursos extraordinários, cf. arts. 1.012, §3º, 1.029, §5º, CPC).

Importante pontuar que, tratando-se de pedido de tutela provisória recursal para concessão de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário sobrestado nos termos do art. 1.037, deve ser dirigido ao presidente ou vice-presidente do tribunal local (art. 1.029, §5º, III, CPC).

No intervalo entre a prolação da decisão e a interposição do recurso, devem ser aplicadas as mesmas regras.

Inclusive, perderam a razão de ser os enunciados de súmula n. 634⁵³ e n. 635⁵⁴, do STF, pois o recurso especial e o recurso extraordinário não se submetem mais a juízo de admissibilidade no tribunal de origem.

3.6. Manifestação do requerido

A tutela provisória de urgência, em caráter *antecedente*, segue rito próprio, previsto nos arts. 303 e 305, CPC; esse procedimento será examinado a seguir

Já a tutela provisória *incidental* (de urgência ou evidência) não tem um rito delineado em lei. Daí a importância de analisar suas etapas, sobretudo aquelas indispensáveis à garantia do contraditório, ampla defesa e devido processo legal para o requerido.

A regra geral é que, formulado o pedido de tutela provisória incidental, não sendo o caso de concessão liminar da medida, cabe ao magistrado determinar a manifestação do requerido (contraparte), em observância ao princípio do contraditório.

53. “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”

54. “Cabe ao presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

Mas a lei não prevê expressamente qual o prazo que o requerido tem para manifestar-se. Há polêmica doutrinária a respeito do tema.

Calmon de Passos defendia, no regime do CPC-1973, que o prazo deveria ser o mesmo previsto para as antigas cautelares (cinco dias)⁵⁵, hoje consagrado no art. 306 do CPC, mas no âmbito da tutela provisória cautelar em caráter antecedente.

Teori Albino Zavascki, malgrado sugira a aplicação por analogia do prazo de setenta e duas horas do art. 2º, da Lei n. 8.437/1992, previsto para a ação civil pública e mandado de segurança coletivo, acaba por defender que o prazo deva ser fixado pelo juiz, à luz do caso concreto, considerando o grau de complexidade da causa e a urgência na concessão da medida⁵⁶.

Sérgio Bermudes defende que o prazo deverá ser o da contestação se o pedido for formulado na petição inicial. Se o pedido foi formulado por *petição simples*, todavia, o prazo deverá ser aquele supletivo de cinco dias do art. 218, §3.º, CPC⁵⁷.

A melhor solução parece ser a do *prazo judicial*, fixando o magistrado o tempo que reputar mais adequado. Diante do silêncio do juiz, aplica-se o prazo supletivo de cinco dias.

3.7. Instrução

Tendo em vista que a tutela provisória de urgência, em caráter *antecedente*, é liminar e segue rito próprio (arts. 303 a 304, e 305 a 310, CPC), resta analisar a necessidade de instrução no contexto da tutela provisória incidental.

Em linha de princípio, não é necessária a instauração de um incidente processual, com fase probatória específica, para que se aprecie pedido de tutela provisória *incidental*.

Na verdade, em sendo pedido de concessão *liminar* de tutela provisória de *urgência*, a “probabilidade do direito” da parte deve ser demonstrada conjuntamente com a petição inicial. Havendo pedido de concessão *liminar* de tutela provisória de *evidência*, prevista nas hipóteses do art. 311, incisos II e III (cf. art. 311, p. único, CPC), a prova documental já deve acompanhar a petição inicial.

55. PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, cit., p. 26-27.

56. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 106. O autor conclui defendendo que, em caso de urgência, a intimação do requerido poderá se dar pelos meios mais rápidos, inclusive por via telefônica e a sua manifestação poderá ser protocolada via fax. Com a regulamentação do processo eletrônico, nada impedirá que essa comunicação se dê eletronicamente.

57. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29

Mas pode ser necessária, para a concessão da medida de urgência, a produção de prova de forma incidental. Em tal situação, pode o magistrado designar audiência de justificação prévia⁵⁸, nos termos do art. 300, §2º, CPC.

No entanto, caso o pedido de concessão da tutela provisória incidental seja formulado em momento posterior, no curso do processo, todas as provas já produzidas deverão ser consideradas e valoradas pelo julgador.

3.8. Decisão

Presentes os pressupostos de lei, o juiz deverá conceder a tutela provisória; ausentes esses mesmos pressupostos, o juiz deverá denegá-la.

Não há discricionariedade judicial.

Sua decisão fica vinculada ao preenchimento dos pressupostos legais. Agir de modo contrário, fugindo à lei, configura arbitrariedade judicial, sobretudo pelo fato de o magistrado estar construindo norma jurídica concreta de conformação de direitos fundamentais – em que opta por preservar a efetividade do direito do requerente, com o deferimento da medida, ou por resguardar a segurança jurídica do requerido, com o seu indeferimento⁵⁹.

Trata-se, em regra, de *decisão interlocutória*, vez que, concedida a medida, dá-se seguimento àquela fase do procedimento em que proferida. Pode ser, no entanto, *capítulo de uma sentença*. A tutela provisória ainda pode ser concedida por decisão de relator ou por acórdão de tribunal.

De acordo com o art. 298, CPC, o juiz, na decisão que concede ou denega tutela provisória – bem como naquela em que a modifica ou revoga –, deve justificar “as razões do seu convencimento de modo claro e preciso”. A exigência se aplica igualmente “à decisão monocrática ou colegiada do Tribunal” (conforme enunciado n. 141 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Decisões que concedam a tutela provisória, cuja fundamentação se resuma à assertiva de que “presentes os pressupostos da tutela provisória, defiro (...)”, tão comuns e admitidas na prática forense, são, em verdade, decisões sem fundamentação, que devem, pois, ser invalidadas. Elas se encaixam perfeitamente às

58. A finalidade da audiência é produzir prova que justifique a concessão da tutela provisória. Assim, há quem defenda, com bons argumentos, que o juiz pode, também, realizar uma inspeção judicial prévia, para justificar a concessão da medida (ATAÍDE, Jr., Vicente de Paula. “Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial”. *Curso modular de Direito Processual Civil*. Tadaaqui Hirose e Maria Helena Rau de Souza (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 247-248).

59. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2ª ed., 1999, p. 108.

hipóteses de decisão não fundamentada previstas nos incisos I, II e III do §1º do art. 489 do CPC:

Eis o que dizem estes incisos: “art. 489. [...] Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

Não custa lembrar o que já vimos neste volume do *Curso*: o §1º do art. 489 aplica-se a qualquer decisão judicial, inclusive às decisões interlocutórias.

Neste sentido, Calmon de Passos, que já previa, anos atrás, que essa prática possivelmente se instalaria em nossos tribunais: “Sinceramente espero não ler, no futuro, imoralidades jurídicas iguais as que tenho lido na fundamentação de certas cautelares, em que se diz, pura e simplesmente, estar-se deferindo a medida porque presentes tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora* (assim mesmo em latim, para impressionar) e a parte consulte uma sibila para desvendar o pensamento do magistrado. Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada (...), com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica”.⁶⁰⁻⁶¹

3.9. Precariedade: modificação ou revogação a qualquer tempo

A tutela provisória, por ser também precária, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão motivada do juiz (arts. 296 e 298, CPC). Ressalvada a revogação ou modificação que decorram da rejeição do pedido na decisão final, corolários do julgamento definitivo, o juiz somente pode revogar ou modificar a tutela provisória após provocação da parte interessada.

Exige-se, porém, para que se possa revogá-la ou modificá-la, que tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato – afinal a medida é concedida *rebus sic stantibus* –, ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos pressupostos outrora existente⁶².

60. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, 1995, p. 28.

61. Sobre a questão a necessidade de precisão do conceito jurídico indeterminado na decisão de tutela antecipada, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 2013, p. 145-151.

62. Com essa visão, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 194; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 85; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, cit., p. 35/36. Em sentido contrário, por entender que basta o “simplex reexame pelo juiz dos fatos

ob Seria o caso, por exemplo, em que o autor pede, de forma provisória, a retirada do seu nome de serviço de proteção ao crédito, afirmando e provando que pagou a dívida que tinha com o réu. O juiz concede tutela provisória liminar, mas o réu, ao contestar, prova que o pagamento demonstrado referiu-se a outra dívida, e não àquela que ensejara a negativação. Imperiosa, nesse caso, a revogação da medida⁶³.

A revogação, além de ser imediata, tem eficácia *ex tunc*. Impõe-se, pois, o restabelecimento do estado anterior, como ocorre em qualquer execução provisória a ser desfeita (art. 520, II, CPC). Sobre o tema, conferir o capítulo relativo à execução provisória, no volume 5 deste *Curso*.

O STJ, durante certo tempo, entendeu que, em matéria previdenciária, haveria a impossibilidade de restituição de valores recebidos por força de tutela provisória posteriormente revogada⁶⁴. No entanto, em outubro de 2013, houve o *overruling* desse precedente. O STJ passou a entender que a devolução seria, sim, devida, conferindo eficácia *ex tunc* à revogação da medida⁶⁵.

Em casos extremos, deve-se admitir a possibilidade, em razão da proteção da confiança, de não atribuir eficácia retroativa à decisão que revoga a tutela provisória. Nessas hipóteses excepcionais, será preciso criar um mecanismo de compensação dos prejuízos sofridos pela parte adversária.

e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão”, GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 306 segs.

63. Segundo Leonardo Greco, essa revogação só pode se dar a requerimento do interessado, não cabendo ao juiz fazê-lo de ofício. Todo exercício de poder jurisdicional, na visão do autor, deve decorrer, como regra, de provocação do interessado (GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 306).
64. STJ, AgRg no AREsp n. 102.008/MT, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves, j. em 11.12.2012, publicado no Dje de 17.12.2012; STJ, AgRg no AREsp n. 252.190/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 11.12.2012, publicado no Dje de 18.12.2012; STJ, AgRg no AREsp n. 241.163/RS, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 13.11.2012, publicado no Dje de 20.11.2012; STJ, AgRg no AREsp 226.368/RS, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 16.10.2012, publicado no Dje de 05.11.2012; STJ, AgRg no AREsp n. 126.832/MG, 2ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 26.06.2012, publicado no Dje de 07.08.2012; STJ, AgRg no AREsp n. 151.349/MG, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 22.05.2012, publicado no Dje de 29.05.2012; STJ, AgRg no AREsp n. 67.318/MT, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 15.05.2012, publicado no Dje de 23.05.2012; STJ, AgRg no REsp n. 1.259.828/SC, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 15.09.2011, publicado no Dje de 19.09.2011.
65. Para tanto, afirmou que não “há legitimidade jurídica para o segurado presumir que não terá de devolver os valores recebidos, até porque, invariavelmente, está o jurisdicionado assistido por advogado e, conforme o disposto no art. 3º da LINDB — segundo o qual ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece —, deve estar ciente da precariedade do provimento judicial que lhe é favorável e da contraposição da autarquia previdenciária quanto ao mérito. Ademais, em uma escala axiológica, evidencia-se a desproporcionalidade da hipótese analisada em relação aos casos em que o próprio segurado pode tomar empréstimos de instituição financeira e consignar descontos em folha, isto é, o erário “empresta” — via antecipação de tutela posteriormente cassada — ao segurado e não pode cobrar sequer o principal. Já as instituições financeiras emprestam e recebem, mediante desconto em folha, não somente o principal como também os juros remuneratórios.” (STJ, Corte Especial, Resp n. 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 12.6.2013, , publicado no Dje de 30.08.2013.)

Tendo sido concedida a tutela provisória, se o magistrado vier a julgar *improcedente* a demanda, convém que faça constar expressamente da sentença a revogação da medida, de modo a não deixar dúvidas.

3.10. Recurso

A decisão que concede, denega, modifica ou revoga tutela provisória, tendo sido proferida por um juiz singular, é *interlocutória*. O recurso cabível para impugná-la é o *agravo de instrumento* (art. 1.015, I, CPC) – sobre as peculiaridades desse *agravo de instrumento*, remetemos o leitor ao capítulo respectivo do v. 3 desta coleção.

Se a tutela provisória for concedida, confirmada ou revogada em sede de sentença, cabe recurso de apelação sem efeito suspensivo (art. 1.012, §1º, V). Inclusive, o art. 1.013, §5º, CPC, tem o cuidado de prever que “o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação”.

A tutela provisória concedida em tribunal pode assumir duas feições: *a*) ou é concedida por um membro do tribunal, cuja decisão pode ser impugnada por agravo interno (art. 1.021, CPC)⁶⁶; *b*) ou é concedida por acórdão, contra o qual *não cabe* recurso extraordinário por força do enunciado n. 735 da súmula da jurisprudência predominante do STF, mas *cabe* recurso especial, para discutir o preenchimento dos pressupostos da concessão da medida (STJ, 1ª T., REsp n. 816.050/RN, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 28.03.2006, publicado no DJ de 10.04.2006, p. 163).

3.11. Efeitos antecipáveis

Antecipar provisoriamente os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura decisão favorável.

A grande questão é definir quais são esses efeitos antecipáveis. Vejamos.

A finalidade maior da tutela provisória é conferir efetividade à função jurisdicional. Somente quando a medida for apta a alcançar esse fim, ela deve ser concedida.

Se não tiver o condão de dar efetividade à tutela dos direitos, não deve ser concedida a tutela provisória.

66. Por isso se concluiu no enunciado n. 142 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que: “Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC”.

A tutela provisória só contribuirá para o alcance dessa finalidade quando adiantar no tempo efeitos que provoquem ou impeçam mudanças no plano fático: os chamados *efeitos fáticos ou sociais da tutela*, que são aqueles que, para efetivar-se, dependem da prática de atos materiais – espontâneos por parte do obrigado ou forçados através de atividade executiva.

Assim, não se antecipa a própria tutela satisfativa (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os *efeitos* delas provenientes. Pela decisão provisória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial⁶⁷.

Antecipa-se, pois, a eficácia social da sentença – seus efeitos executivos – e, não, sua eficácia jurídico-formal. Antecipar a tutela é satisfazer de imediato, na realidade fática, o pleito do requerente⁶⁸.

É por isso que se diz que, no contexto da tutela provisória satisfativa (ou antecipada, na terminologia da lei), concedida em sede de ações constitutivas e declaratórias, a antecipação que se opera não é da declaração ou da constituição/desconstituição (efeito jurídico-formal), vez que estas serão sempre definitivas – e só assim serão úteis para a parte. O que pode ocorrer é a antecipação dos efeitos fáticos, práticos, palpáveis de tais tutelas (declaratória ou constitutiva)⁶⁹⁻⁷⁰.

Isso porque todo provimento declaratório ou constitutivo traz um preceito, um comando essencial – norma jurídica concreta que rege a situação dos contendores – que contém:

i) por um lado, uma *eficácia positiva*, consistente em uma prescrição, uma disposição sobre a certeza da relação jurídica discutida ou sobre sua (des)constituição; e,

ii) por outro lado, uma *eficácia negativa*, que traz um impedimento, uma vedação dirigida ao réu, impondo-lhe uma abstenção consistente em um dever de

67. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 46.

68. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de tutela*, 2 ed., cit., p. 82-84. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 358-361; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 148 e segs.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 46; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., cit., p. 44 e segs.

69. Assim BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 363; ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de tutela*, cit., p. 84 e segs.; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., cit., p. 48 e segs.; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49 e segs.

70. Confirma a possibilidade de antecipação dos efeitos dessas tutelas, o Enunciado n. 25 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”.

não agir de forma a contrariar o direito declarado ou a situação (des)constituída na decisão judicial. É esse comportamento omissivo do réu que se pode impor por decisão provisória; é a produção destes efeitos externos (visíveis) e negativos que se pode adiantar/antecipar⁷¹ e eles nada mais são que efeitos anexos da sentença⁷².

É o caso, por exemplo, do autor que obtém tutela que autoriza o exercício de um direito que ainda será declarado ou constituído⁷³.

Outro exemplo. Em uma ação de invalidação de duplicata, visando-se desconstituir o título de crédito, o autor pode requerer uma medida provisória que imponha a precipitação do efeito prático daí decorrente: a ordem de sustação do protesto do título realizado por indicação do réu e imposição de comportamento omissivo de não mais levá-lo a protesto⁷⁴.

Ainda a título figurativo, tem-se a hipótese da separação de corpos, que é um efeito anexo do divórcio. Assim, propondo o cônjuge uma ação de divórcio em face do outro cônjuge, pode o demandante pleitear uma medida provisória para antecipar a separação de corpos, que nada mais é do que a antecipação da eficácia do rompimento do vínculo conjugal⁷⁵.

3.12. Forma de efetivação

De acordo com o art. 297, CPC, “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. O parágrafo único desse mesmo dispositivo estabelece que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Além disso, o art. 301, CPC, dispõe que a efetivação da tutela provisória *cautelar* pode ser promovida com emprego de qualquer medida adequada para a assecuração do direito, seguindo com a enumeração exemplificativa de medidas possíveis como o arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens.

71. *Antecipação de tutela*, 2ª ed., cit., p. 84-85.

72. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 59 a 61.

73. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 102.

74. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 175-176.

75. A despeito disso, o legislador civil, com introdução de dispositivo normativo nitidamente heterotópico no CC (mediante Lei n. 13.058/2014), coloca separação de corpos e outras medidas nitidamente satisfativas, como se cautelares fossem: “Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.”

Arresto é medida cautelar constritiva que serve à futura execução por quantia; por isso, pode ser arrestado qualquer bem que puder ser penhorado. *Sequestro* é medida cautelar constritiva que serve à futura execução por entrega de coisa; por isso, sequestrável é o bem objeto da disputa. *Arrolamento de bens* é medida cautelar constritiva que serve para garantir futura *partilha*; por isso, pode ser constrita universalidade de bens, sobre o qual a partilha versará; após a constrição, procede-se à descrição (arrolamento) dos bens da universalidade. O *registro de protesto contra alienação de bens* é medida cautelar que serve para evitar transferência supostamente indevida de bem sujeito a registro; o protesto está previsto no art. 726, § 2º, CPC.

A conclusão que se extrai da leitura conjugada desses dispositivos é que eles concedem ao julgador um *poder geral de cautela*⁷⁶ e de *efetivação*⁷⁷, com a adoção de todas as medidas provisórias idôneas e necessárias para a satisfação ou acautelamento adiantados. Há, aqui, duas cláusulas gerais processuais – sobre cláusulas gerais processuais, ver o capítulo introdutório no v. 1 deste *Curso*.

Nesse contexto, o legislador remete a efetivação da tutela provisória a todo o regime legal da execução provisória, previsto nos arts. 520 a 522 do CPC. O estudo da execução provisória da sentença é feito no volume 5 deste *Curso*, em capítulo próprio, para onde se remete o leitor.

As principais consequências da aplicação desse regramento devem ser analisadas lado a lado com regras especialmente estabelecidas no contexto da própria tutela provisória.

Em primeiro lugar, a imposição do regime da *responsabilidade civil objetiva*⁷⁸ àquele que se valeu da medida provisória e que restou ao final vencido na causa:

76. Na linha do Enunciado n. 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O poder geral de cautela está mantido no NCPCC”.

77. GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 308.

78. Como será visto no capítulo relativo ao Cumprimento da Sentença, no v. 5 deste *Curso*, Ovídio Baptista tece duras críticas à responsabilização objetiva do credor na execução provisória. Fábio Luiz Gomes, seguindo as lições do autor, tece críticas semelhantes à responsabilização objetiva do beneficiário da tutela antecipada. (GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 214 segs.). Leonardo Greco, nessa linha, entende que a responsabilidade, no silêncio da lei, deve ser subjetiva, por interpretação de acordo com o sistema de responsabilidade por litigância de má-fé (GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 313 ss.). Teori Albino Zavascki tem opinião peculiar. Defende que: se a *tutela for de urgência*, a responsabilidade será *objetiva* – pois não há necessariamente ilicitude e repercute essencialmente na esfera de direitos dos particulares; já se a *tutela for punitiva (caso de evidência)*, a responsabilidade será *subjetiva* – pois há ilícito que prejudica interesses dos particulares e a própria jurisdição. Assim, nessa segunda hipótese: “cabará a ele restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação de tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2ª ed., 1999, p.90). Com outro olhar, mas também criticando esse regime de responsabilização objetiva, por afronta à igualdade, tem-se a doutrina de Daniel Mitidiero: “Para que cesse

deverá indenizar a parte *ex adversa* pelos prejuízos que sofreu com a efetivação da mencionada medida, independentemente da existência de culpa⁷⁹.

Ocorre que, no Livro V da Parte Geral, dedicado à Tutela Provisória, o legislador, ao disciplinar a “Tutela de Urgência”, estabelece, no art. 302, que o requerente só responderá pelo prejuízo que causar ao requerido com a efetivação da medida de urgência, nos casos em que:

a) “a sentença lhe for desfavorável” (inciso I) – o que abrange aqueles casos em que “o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor” (inciso IV); ou seja, são situações em que o direito de cautela ou o direito material acautelado, inicialmente provável, não é, ao final, reconhecido (independentemente de a sentença resolver ou não o mérito);

b) “obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias” (inciso II), sendo que a responsabilidade, neste caso, deve restringir-se ao dano causado ao réu no período em que não esteve no processo⁸⁰⁻⁸¹.

c) “ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal” (inciso III), o que pode acontecer quando for revista, reformada ou invalidada, e, no caso da tutela provisória cautelar, nas situações tipificadas no art. 309, CPC, a serem analisadas adiante, em item próprio⁸².

esta afronta à igualdade, de duas, uma: ou se estende o regime de responsabilidade objetiva para o demandado, nos casos em que a tutela sumária deveria ter sido concedida e não foi e o demandante experimenta dano por conta da sua denegação, ou institui-se regime de responsabilidade subjetiva para o demandante em face da fruição de tutela sumária. Daí a razão pela qual nos parece de melhor alvitre a solução italiana – responsabilidade civil pela fruição indevida de tutela sumária apenas quando o demandante ‘há agito senza la normale prudenza’.” (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 56).

79. Nesse sentido, STJ, 4ª T., REsp n. 1.191.262/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 25.09.2012, publicado no DJe de 16.10.2012.

80. É o que dizem Marinoni e Arenhart ao interpretarem a regra correspondente do CPC-1973, então instituída só no campo das cautelares (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 193).

81. Humberto Theodoro Jr, comentando o dispositivo correlato, no regime anterior, previsto no âmbito das cautelares (art. 811, CPC-1973), sustentava ser de difícil entendimento e de verdadeira inaplicabilidade prática. Isto porque o atraso na citação réu não foi previsto como causa de perda de eficácia da medida. Se assim é, não obstante o referido atraso, o pedido de tutela provisória pode ser julgado procedente. (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Processo Cautelar*. 22 ed. São Paulo: Livraria Universitária de Direito, 2005, p. 183). Ovídio Batista tem opinião parecida com a de Theodoro Júnior. Para ele o retardamento na citação só deveria acarretar em responsabilidade se esse atraso fosse excessivo, agravando a condição do demandado, que teria sido alvo da execução por tempo maior que o necessário (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. RJ: Forense, 2006, p. 228).

82. Essas hipóteses de cessação da eficácia da tutela cautelar estão previstas para a tutela cautelar em caráter antecedente. Por isso, serão analisadas no item a ela dedicado. Entretanto, algumas delas também deverão ser aplicadas à tutela cautelar incidental. É o caso das hipóteses dos incisos II e III do art. 309, ou seja: *i*) quando “não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias”; bem como *ii*) quando “o juiz julgar improcedente o pedido

Nestes casos, a indenização devida, sempre que possível, deverá ser liquidada e executada nos mesmos autos (art. 302, parágrafo único).

Em segundo lugar, a concessão de tutela provisória não se sujeita, em regra, à obrigatoriedade de prestação de caução, embora o magistrado possa impô-la em duas situações:

a) nos casos no art. 520, IV, CPC, mais especificamente para autorizar “o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano” – aplicando-se, outrossim, as exceções (casos de dispensa da caução) do art. 521⁸³⁻⁸⁴; e

b) quando se tratar de tutela de urgência, na hipótese do art. 300, §1º, para garantir ressarcimento de danos que a outra parte possa vir a sofrer – caução esta que pode ser dispensada se a parte for hipossuficiente em termos econômicos e não puder prestá-la.

Em terceiro lugar, a efetivação da tutela provisória se opera no mesmo processo em que a respectiva decisão foi proferida⁸⁵. Quando muito, pode conduzir apenas a um simples incidente procedimental⁸⁶. Nada impede que o magistrado determine a autuação apartada desse incidente para evitar tumultos desnecessários⁸⁷.

Conclui-se, assim, que a efetivação da tutela provisória far-se-á de acordo com as regras inerentes à execução provisória, ressalvadas as regras especiais acima comentadas.

3.13. Concessão de ofício

É necessário requerimento do interessado para a concessão da tutela provisória.

principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito” (GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 317).

83. Afirmando a necessidade de dispensa de caução em certos casos de tutela provisória, SHIMURA, Sérgio Seiji. “Efetivação das tutelas de urgência”. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 674.

84. Daniel Mitidiero critica a aplicabilidade do regramento da execução provisória na efetivação da tutela antecipatória. Na lição do processualista, a execução provisória, por fundar-se em título provisório, é incompleta, não comportando a efetiva realização do direito. No entanto, promover uma execução da tutela provisória de forma incompleta, mesmo sendo ela fundada em situação de urgência e/ou de evidência vai de encontro com sua própria essência e finalidade. Por isso, na opinião do autor, a regra do art. 520, IV, só deve ser aplicável no que couber, razão pela qual seria possível alienação de bem para dar efetividade à tutela antecipatória (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 55).

85. FUX, Luiz. *Tutela antecipada e locações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 112.

86. SHIMURA, Sérgio. “Efetivação das tutelas de urgência”, cit., p. 670.

87. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 267. O requerido pode oferecer impugnação, por força do art. 520, §1º. Segundo Marinoni, a impugnação só pode ser usada como defesa contra os atos executivos.

É vedada a tutela provisória *ex officio*. Trata-se de exigência decorrente da *regra da congruência* (ver capítulo sobre decisão judicial, neste volume do *Curso*), adotada pelo nosso Código nos arts. 2º, 141 e 492⁸⁸. De mais a mais, o art. 295 do CPC dispõe claramente: a tutela provisória será *requerida*⁸⁹.

Há casos, contudo, em que o pedido de concessão da tutela provisória se reputa *implícito*, como, por exemplo, o pedido de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos (art. 4º da Lei n. 5.478/1968)⁹⁰.

Ainda existem aqueles que reconhecem a existência de outras situações excepcionais em que o magistrado, para evitar perecimento do direito, deve conceder *ex officio* a tutela provisória. Na ausência de pedido da parte, a concessão de ofício seria a única forma de preservar a utilidade do resultado do processo. Esse expediente não violaria a regra da inércia da jurisdição, pois o juiz não estaria indo além ou fora dos limites do pedido formulado pela parte, mas, tão somente, antecipando provisoriamente seus efeitos fáticos⁹¹.

Não consideramos possível a concessão *ex officio* da tutela provisória, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei. É o que se extrai de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na *regra da congruência*.

-
88. Contra, no regime do CPC de 1973, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3ª ed., 2003, p. 380. O autor conferia natureza cautelar a toda tutela provisória e admitia que fosse concedida de ofício por aplicação do art. 798 do revogado CPC-1973. Carlos Augusto de Assis conta com outra possibilidade: a antecipação de tutela punitiva oficiosamente, como forma de se preservar a lealdade processual. (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 154). Admitindo-a nos casos de tutela provisória de evidência, por atender interesse público de melhor prestação do serviço jurisdicional e atuar no sentido de moralizar a justiça, BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 180. No mais, o mesmo autor (Bruno Bodart) entende não haver violação à inércia porque houve petição inicial e o que predomina é o impulso oficial (BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 180).
89. Exigindo que seja requerida, GRECO, Leonardo. *A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*, cit., p. 301.
90. No âmbito do processo penal, permite-se a concessão de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, Código de Processo Penal).
91. Assim, Daniel Mitidiero, alegando, dentre outras coisas, que não haveria violação, pois “envolve questões da própria causa, plantadas evidentemente pela parte” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 3, p. 49-50). Com a mesma opinião, só que baseada em fundamentos distintos, Cássio Scarpinella Bueno: “Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quicá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33). Para Bruno Bodart, a petição inicial e a necessidade de requerimento para que se efetive a medida já atraem a responsabilidade (BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 181). Em sentido diverso, Carlos Augusto Assis (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 156), João Batista Lopes (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 55), Nelson Nery Jr (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7ª ed., 2003, p. 647, nota 8 ao art. 273), Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 103) e Calmon de Passos (*Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 23).

Além disso, a efetivação da tutela provisória dá-se sob *responsabilidade objetiva do beneficiário* da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for cassada ou reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a sua concessão, exatamente porque, assim, conscientemente assume o risco de ter de reparar a outra parte, se restar vencida no processo.

4. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

4.1. Considerações iniciais

A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada).

Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como “*fumus boni iuris*”) e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como “*periculum in mora*”) (art. 300, CPC).

Percebe-se, assim, que “a redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” (enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A lei exige a conjugação desses dois pressupostos. A prática, porém, revela que a concessão de tutela provisória não costuma obedecer rigorosamente essa exigência. Há situações em que juízes concedem a tutela provisória em razão da extrema urgência, relegando um tanto a probabilidade; e vice-versa. “No dia a dia do foro, quanto mais ‘denso’ é o *fumus boni iuris*, com menor rigor se exige o *periculum in mora*; por outro lado, quanto mais ‘denso’ é o *periculum in mora*, exige-se com menor rigor o *fumus boni iuris*”.⁹² Eduardo José da Fonseca Costa, em trabalho importantíssimo de *pragmática processual*, demonstra que o “Direito vivo” aceita várias combinações entre *probabilidade* e *perigo*, para fim de concessão da tutela provisória. O autor demonstra que, na prática forense, os juízes se valem de um raciocínio tipológico, “O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas ‘móveis’, que podem se apresentar em graus ou

92. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Tutela de evidência no Projeto de novo CPC – uma análise de seus pressupostos”. *O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 166.

níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos (...) Consequentemente, para conceder-se a liminar, não há necessidade da presença simultânea dos dois pressupostos. Entre eles há uma espécie de *permutabilidade livre*. Se o caso concreto desviar-se do ‘tipo normal’ e somente um dos pressupostos estiver presente em ‘peso decisivo’, mesmo assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma ‘configuração atípica’ ou ‘menos típica’, que se afasta do modelo descrito na lei. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de tutelas liminares, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* fossem ‘elementos’ ou ‘forças’ que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional”⁹³.

A tese é muito interessante e de difícil refutação. A análise pormenorizada dela desborda dos limites deste *Curso*. O registro dela é, no entanto, indispensável.

A tutela provisória de urgência *satisfativa* (ou antecipada) exige também o preenchimento de pressuposto específico, consistente na reversibilidade dos efeitos da decisão antecipatória (art. 300, §3º, CPC), como adiante se abordará.

A tutela provisória de urgência pode ser requerida e concedida em caráter incidental ou antecedente.

A tutela provisória de urgência incidental se processa de acordo com as regras gerais vistas no item anterior. Já a tutela provisória de urgência antecedente segue regras específicas, que exigem análise própria e apartada a ser realizada em itens seguintes.

4.2. Pressupostos gerais

4.2.1. Probabilidade do direito

A *probabilidade do direito* a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

93. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Tutela de evidência no Projeto de novo CPC – uma análise de seus pressupostos”. *O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 169. Sobre o tema, do mesmo autor, mais longamente, *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Inicialmente, é necessária a *verossimilhança fática*, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor⁹⁴. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma *plausibilidade jurídica*, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos⁹⁵.

Um dado não pode ser esquecido: a existência de prova não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido; e o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de atos probatórios⁹⁶.

De um lado, nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão – ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não geram os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (ex.: pagamento), modificativo (ex.: renúncia parcial) ou impeditivo (ex.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança.

De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja “elementos que evidenciem a probabilidade” do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontrovertidos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo⁹⁷), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)⁹⁸.

Fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança necessária para concessão de tutela provisória de urgência do CPC e da liminar em mandado de segurança – dizendo, por exemplo, que aquela é menos intensa e esta última, mais intensa –, parece artificial, tal como era artificial a diferenciação que se fazia, no regime do CPC-1973, entre a plausibilidade exigida para o deferimento da tutela cautelar e a verossimilhança exigida para o deferimento da tutela antecipada. O

94. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 336.

95. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 28.

96. Ressalva bem lembrada por CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 28. Na ótica de

97. Mediante a chamada prova *prima facie*, de primeira aparência ou por verossimilhança, que permite que o juiz reconheça a verossimilhança das alegações de fato mediante emprego das suas máximas de experiência comum, obtidas a partir da “observação do que ordinariamente acontece” (cf. art. 375, CPC).

98. NEVES, Daniel Assumpção Amorim. “Tutela Antecipada Sancionatória”. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 43, p. 21.

juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte e apresente claramente as razões da formação do seu convencimento.

4.2.2. Perigo da demora

A tutela provisória de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o *perigo* que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito.

O perigo da demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de “dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, CPC).

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: *i) concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii) atual*, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, *iii) grave*, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.

Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis.

Dano irreparável pode decorrer de violação: *i)* a direito não-patrimonial (direito à honra ou à imagem, por exemplo); *ii)* a direito patrimonial com função não-patrimonial (ex.: direito a indenização por acidente de trabalho, cuja realização é necessária para que o trabalhador restabeleça condições mínimas de saúde); *iii)* a direito patrimonial que não pode ser reparado de forma específica – com o retorno ao *status quo ante* –, mas só por equivalente em pecúnia; *iv)* ou a direito patrimonial que pode ser efetivamente atendido através de simples prestação pecuniária – como um simples direito de crédito não adimplido –, mas a manutenção do bem ou capital necessário para a sua satisfação no patrimônio do réu, no curso do processo, implica dano grave ou irreparável para o autor – que demanda, por exemplo, sua satisfação imediata para manter a sanidade financeira da empresa¹⁰¹.

99. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 32.

100. Enumerando tais características do “dano”, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 77;

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 31 e 32.

101. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 185.

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa – ex.: dano decorrente de desvio de clientela¹⁰².

Enfim, o deferimento da tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional, porque a demora do processo pode causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade¹⁰³.

“Nos casos de ação constitutiva ou declaratória o receio de dano liga-se à situação jurídica que depende da constituição ou à situação jurídica objeto de requerimento de declaração. Assim, por exemplo, (a) em face de ação constitutiva de servidão, o réu pode ser autorizado, alegando receio de dano, a exercer faculdades que estão contidas no direito a ser constituído; (b) na pendência da ação declaratória de ilegitimidade do ato de despedida, surgindo receio de dano no curso do processo, o trabalhador pode requerer sua manutenção no emprego”¹⁰⁴.

A tutela provisória, nesse caso, viabiliza a realização do direito que se quer constituir ou ver declarado.

Já nas demandas condenatórias, a tutela provisória visa efetivar imediatamente direito a uma prestação que só seria realizado em caráter definitivo, ao fim do processo, no intuito de evitar que fique prejudicada ou inviabilizada sua futura fruição.

Sucedem que o receio que justifica a tutela provisória nem sempre se refere a um dano (irreparável ou de difícil reparação). Este temor pode dizer respeito ao advento de um ato contrário ao direito (ilícito). Isso depende do tipo de tutela definitiva cujos efeitos se buscam antecipar: inibitória, reintegratória ou ressarcitória¹⁰⁵.

A *tutela inibitória* é aquela que tem por fim evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação – ex.: impedir o uso de uma marca comercial de propriedade do autor ou coibir a inscrição do nome do autor na SERASA. A *tutela reintegratória* é aquela predisposta à remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição ou continuação. Busca restabelecer o *status quo ante*; reintegra o direito violado. Dá-se quando o ato contrário ao direito já ocorreu, mas seus efeitos concretos estão a se propagar – ex.: o nome do autor está inscrito indevidamente na SERASA; estão sendo difundidas notícias lesivas à sua imagem.

102. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 185 e 186.

103. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 31.

104. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 184.

105. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 182.

Trata-se de assunto estudado com mais minúcia no volume 5 deste *Curso*, em capítulo dedicado à análise da tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer.

A tutela provisória, nesses dois casos, não é uma *tutela* contra o *dano*, mas uma tutela contra o *ilícito*, a ser praticado ou já praticado. Cabe à parte demonstrar o risco de que o ilícito ocorra, independentemente de isso gerar um dano, ou o risco que a demora representa para o “resultado útil do processo” (art. 300, CPC). Nesses dois casos, é irrelevante a demonstração de culpa ou de dano – a demonstração deve restringir-se à probabilidade de cometimento do ilícito (art. 497, parágrafo único, CPC).

Nos casos em que o ilícito ainda não foi praticado, é necessário que a parte demonstre existirem circunstâncias de fato que conduzam à conclusão, por parte do juiz, de que o ilícito é iminente¹⁰⁶. Nos casos em que o ilícito já foi praticado, mas se quer evitar sua repetição ou continuação no futuro, basta que se demonstre seu caráter continuativo (o ilícito, por sua natureza, prolongar-se-á no tempo). Em ambos os casos, será bastante um juízo de probabilidade¹⁰⁷.

A *tutela ressarcitória*, por sua vez, pressupõe um dano já consumado. Pode efetivar-se com o ressarcimento pelo equivalente em dinheiro ou pelo ressarcimento específico – esse último com o restabelecimento da situação anterior ao dano, como, por exemplo, o desmatamento que lesa o meio ambiente pode levar a uma tutela específica ressarcitória que imponha o reflorestamento da área.

A tutela provisória, em tais casos, pode servir para o ressarcimento imediato do prejuízo causado, que se imponha para evitar mais danos a ele ou a direito a ele conexo – neste último caso, por exemplo, o direito a saúde do trabalhador que pede indenização adiantada por acidente de trabalho¹⁰⁸.

4.3. Pressuposto específico: reversibilidade da tutela provisória satisfativa

De acordo com o art. 300, §3º, CPC, “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”.

Cumulativamente com o preenchimento dos pressupostos vistos no item anterior, exige-se que os efeitos da tutela provisória satisfativa (ou antecipada) sejam

106. “Frise-se que a tutela inibitória antecipada não exige a alegação de dano, embora admita essa alegação como mera faculdade do autor, destinada a formar convencimento do juiz de maneira mais fácil. Quando se diz que ação inibitória não comporta discussão de dano, deseja-se evidenciar que o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipada (ou mesmo a tutela final) em razão de não ter sido demonstrado o dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 186).

107. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 183.

108. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8ª ed., 2004, p. 184.

reversíveis¹⁰⁹, que seja possível retornar-se ao *status quo ante* caso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada¹¹⁰. Essa é a marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela.

Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízo para a parte adversária.

Conceder uma tutela *provisória* satisfativa *irreversível* seria conceder a própria tutela *definitiva* – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, “ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo”¹¹¹.

Pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência. É um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida. “Ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível a sua área de incidência”¹¹².

Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da tutela *provisória* satisfativa (antecipada). Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto.

Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela provisória satisfativa – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais etc. –, o seu deferimento é essencial para que se evite um “mal maior” para a parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis desfavoráveis ao requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis em desfavor do requerente. Nesse contexto, existe, pois, o *perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida*. Não conceder a tutela *provisória*

109. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

110. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3ª ed., 2003, p. 341; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5ª ed., 2004, p. 79; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 54; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 70.

111. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 97. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 342.

112. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3ª ed., 2003, p. 340.

satisfativa (antecipada) para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante.

Existe, em tais situações, um conflito de interesses.

Em razão da urgência e da probabilidade do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceda a tutela *provisória* satisfativa (antecipada), entregando-lhe, de imediato, o bem da vida, de forma a resguardar seu direito fundamental à efetividade da jurisdição.

Diante desses direitos fundamentais em choque – efetividade *versus* segurança –, deve-se invocar a *proporcionalidade*, para que sejam devidamente compatibilizados¹¹³.

Como regra, sempre que forem constatados a probabilidade do direito e o perigo da demora da prestação jurisdicional resultantes da sua não-satisfação imediata, deve-se privilegiar o direito provável, adiantando sua fruição, em detrimento do direito improvável da contraparte. Deve-se dar primazia à efetividade da tutela com sua antecipação, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia.

Em tais situações, cabe ao juiz ponderar os valores em jogo, dando proteção àquele que, no caso concreto, tenha maior relevo¹¹⁴. A decisão deve ser motivada nos termos do §2º do art. 489 do CPC.

Enfim, registre-se que o juiz pode abrandar os prejuízos à segurança jurídica da contraparte, exigindo uma caução, para a concessão da tutela *provisória* satisfativa (antecipada) (art. 300, §1º, CPC). Com isso, provê os meios adequados para a reversibilidade da situação – ainda que seja mediante uma reparação em pecúnia¹¹⁵.

Há situações, porém, em que o conflito dos direitos fundamentais é tão significativo, que apenas um deles irá prevalecer, o que implicará

113. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 347-348; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 81-82; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 185; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 140; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 72 e 73. Em sentido diverso, Daniel Mitidiero, que, partindo da premissa de que proporcionalidade e razoabilidade são máximas distintas, defende que o postulado aplicável para resolver a questão seria o da razoabilidade (Conferir MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 56).

114. Convém consultar a obra de Fernando Gama de Miranda Netto, em que há valiosa sistematização dos possíveis argumentos que podem ser utilizados pelo magistrado para a concessão da medida. (*A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p. 142-157.)

115. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 348-349.

inevitável sacrifício do outro. Teori Albino Zavascki traz um exemplo esclarecedor:

“Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo), não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação de tutela em caráter definitivo”¹¹⁶.

Não se trata, portanto, de *pressuposto* cuja obediência é inexorável.

4.4. Tutela de urgência satisfativa (antecipada) em caráter antecedente

A tutela de urgência satisfativa (antecipada) *antecedente* é aquela requerida dentro do processo em que se *pretende* pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final. O legislador prevê, para sua concessão, um procedimento próprio, disciplinado no art. 303 e seguintes do CPC, a ser aqui analisado.

A situação de urgência, já existente no momento da propositura da ação, justifica que, na petição inicial, limite-se o autor a:

a) requerer a tutela antecipada;

b) indicar o pedido de tutela definitiva – que será formulado no prazo previsto em lei para o aditamento;

116. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 98. “Apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 353).

c) expor a lide, o direito que se busca realizar (e sua probabilidade), e o perigo da demora (art. 303, *caput*, CPC);

d) indicar o valor da causa considerando o pedido de tutela definitiva que pretende formular (art. 303, §4º, CPC); e, enfim,

f) explicitar que pretende valer-se do benefício da formulação do requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, nos moldes do *caput* do art. 303, CPC (art. 303, §5º, CPC).

Não concedida a tutela antecipada, por não haver elementos que evidenciem o preenchimento dos seus pressupostos, o juiz determinará a intimação do autor para que promova a *emenda* da petição inicial no prazo de cinco dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito. A emenda da inicial é necessária para que o autor complemente sua causa de pedir, confirme seu pedido de tutela definitiva e traga documentos indispensáveis à propositura da demanda ainda ausentes (art. 303, §6º, CPC).

Concedida a tutela provisória satisfativa (antecipada) nos termos em que requerida, o juiz deverá adotar duas outras providências (art. 303, §§1º, 2º e 3º, CPC).

A primeira delas é determinar a intimação do autor para que promova o *aditamento da petição inicial* (art. 303, §1º, I, CPC), nos mesmos autos, sem incidência de novas custas (art. 303, §3º, CPC), de modo a: *i*) complementar a sua causa de pedir; *ii*) confirmar seu pedido de tutela definitiva; e *iii*) juntar novos documentos indispensáveis ou úteis para a apreciação da demanda. O aditamento deve ser realizado no prazo de quinze dias ou em outro prazo maior fixado pelo juiz, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito (art. 303, §1º, I, §2º, CPC).

A segunda é a determinação de *citação e intimação do réu* para que cumpra a providência deferida a título de tutela antecipada e para que compareça à audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, CPC (art. 303, §1º, II, CPC). Não havendo autocomposição, diz a lei (art. 303, §1º, III, CPC), o prazo para contestação deverá ser contado na forma prevista no art. 335, CPC¹¹⁷.

É necessário que se observe, contudo, que o prazo de resposta do réu não poderá começar a ser contado antes da sua ciência inequívoca do aditamento da petição inicial do autor, para que se garanta a ele, réu, o lapso temporal mínimo de quinze dias para resposta à demanda do autor em sua inteireza. Por exemplo, se a causa não admitir autocomposição, não sendo cabível a designação da audiência

117. É o que confirma, em parte, o enunciado n. 144 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Ocorrendo a hipótese do art. 303, §1º, II, será designada audiência de conciliação ou mediação e o prazo para a defesa começará a correr na forma do art. 335, I ou II”.

de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, II, CPC), o réu será citado de imediato, mas o prazo de resposta só deverá correr da data em que for intimado do aditamento da petição inicial.

Quando o réu responde à demanda do autor e/ou recorre da decisão que concede a tutela antecipada, o procedimento comum se desenvolverá normalmente, rumo às suas etapas de saneamento, instrução e decisão.

Quando o réu fica inerte, o procedimento pode tomar outros rumos, com a possibilidade de estabilização da decisão de tutela antecipada antecedente e extinção do feito.

4.5. Estabilização da tutela de urgência satisfativa (antecipada)

4.5.1. Estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada como técnica de monitorização do processo civil brasileiro

A estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro.

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo – até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado..

A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoratória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

No regime do CPC-1973, havia emprego da técnica monitoratória em sede de procedimento especial voltado para a tutela de direitos a uma prestação (de pagar quantia e de entrega de coisa fungível ou coisa certa móvel) documentados em prova escrita despida de força executiva (art. 1.102-A ss., CPC-1973) - i.e., direitos prestacionais evidentes. Devidamente instruída a inicial nestes termos, o juiz, mediante cognição ainda sumária, poderia expedir mandado determinando que réu cumprisse a obrigação em quinze dias ou se defendesse por embargos monitoratórios. Oferecidos os embargos, prosseguir-se-ia com procedimento ordinário destinado à formação de cognição exauriente. Não oferecidos os embargos no prazo (ou sendo eles rejeitados), a decisão que inicialmente ordenara a expedição de mandado de cumprimento da obrigação se revestiria de

força executiva, assumindo a condição de título executivo judicial¹¹⁸. Ou seja, inerte o réu diante da evidência do direito do autor aferida por cognição sumária, é dado ao autor um título executivo que autoriza a imediata e rápida efetivação do seu direito. Os arts. 700 e seguintes do CPC mantêm esse procedimento especial, com alguns ajustes. A ação monitória é estendida, por exemplo, aos direitos a uma prestação de fazer e não fazer.

Sucedo que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a *ação monitória*, o legislador vai além e generaliza a *técnica monitória*, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

O modelo da ação monitória (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microssistema de técnica monitória, formado pelas regras da ação monitória e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente.

A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no §1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, *caput*, CPC, também aplicado por analogia).

Alguns exemplos demonstram que essa técnica pode ser útil.

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou a matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno, porque o Ministério da Educação proibia.

Outro exemplo. Imagine, agora, o caso de um consumidor que vai a juízo pleiteando a retirada de seu nome de um cadastro de proteção de crédito. Apenas isso. Obteve a liminar. É muito provável que o réu não queira mais discutir o assunto e deixe a decisão estabilizar-se.

Esse instituto foi claramente inspirado em leis estrangeiras, sobretudo o *référé* do Direito francês. As peculiaridades do regramento brasileiro tornam o instituto único, porém. Para os limites deste *Curso*, não há razão para fazer incursões no direito estrangeiro.

118. TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 92 e segs.

4.5.2. Pressupostos da estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada

O art. 304, *caput* e §1º, do CPC prevê que, concedida a tutela antecipada em caráter antecedente, se a decisão concessiva não for impugnada pelo réu com a interposição do recurso cabível, ocorrerá a estabilização da decisão antecipatória e o processo será extinto.

Em que pese o processo seja extinto, a decisão que concedeu a tutela provisória satisfativa, já estabilizada, conserva seus efeitos.

Os objetivos da estabilização são: *i)* afastar o perigo da demora com a *tutela de urgência*; e *ii)* oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu.

Para que isso ocorra, é preciso que estejam presentes determinados pressupostos.

a) É preciso que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente. Somente ela tem aptidão para estabilizar-se nos termos do art. 304 do CPC.

A opção pela tutela antecedente deve ser declarada *expressamente* pelo autor (art. 303, §5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um *amálgama*. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304.

b) É preciso que o autor não tenha manifestado, na petição inicial, a sua intenção de dar prosseguimento ao processo após a obtenção da pretendida tutela antecipada. Trata-se de pressuposto negativo.

A estabilização normalmente é algo *positivo* para o autor. A estabilização da decisão que antecipa os efeitos de tutela condenatória, por exemplo, permite a conservação de efeitos executivos, mostrando-se útil e satisfatória se perenizada.

Mas é possível que o autor tenha interesse em obter mais do que isso. As tutelas declaratória e constitutiva, por exemplo, podem só servir ao jurisdicionado se concedidas em definitivo e com força de coisa julgada – não basta uma separação provisória de corpos, é necessário um divórcio definitivo com dissolução do vínculo matrimonial, para que se realize o direito, permitindo que se contraiam novas núpcias; para além da sustação ou cancelamento provisório do protesto de um título, impõe-se a sua invalidação por decisão definitiva.

A segurança jurídica da coisa julgada pode revelar-se necessária para a satisfação das partes envolvidas na causa¹¹⁹.

119. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro, cit., p. 26 e 27.

Assim, se o autor tiver intenção de dar prosseguimento ao processo, em busca da tutela definitiva, independentemente do comportamento do réu frente a eventual decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, *ele precisa dizer isso expressamente já na sua petição inicial*.

Como visto no item anterior, é possível vislumbrar uma vantagem para o réu em permanecer silente, em não impugnar a decisão que concede a tutela antecipada antecedente, permitindo a sua estabilização: a diminuição do custo do processo (art. 701, *caput* e §1º, do CPC, aplicáveis aqui por analogia).

Essa interpretação da regra funciona como estímulo para o réu não reagir à decisão concessiva da tutela antecipada, já que, ainda que estabilizada, poderá ser revista, reformada ou invalidada por ação autônoma (art. 304, §2º, CPC). Permite-se que uma tutela estável acabe sendo oferecida de modo mais rápido e econômico.

Sendo assim, pode ele, réu, confiando na estabilização, simplesmente aceitar a decisão antecipatória, eximindo-se de impugná-la. Mas isso só fará sentido, somente lhe trará a vantagem da diminuição do custo do processo, se a inércia efetivamente gerar a estabilização de que fala o art. 304.

O réu precisa, então, saber, de antemão, qual a intenção do autor. Se o autor expressamente declara a sua opção pelo benefício do art. 303 (nos termos do art. 303, §5º, CPC), subentende-se que ele estará satisfeito com a estabilização da tutela antecipada, caso ela ocorra. Se, porém, desde a inicial, o autor já manifesta a sua intenção de dar prosseguimento ao processo, o réu ficará sabendo que a sua inércia não dará ensejo à estabilização do art. 304.

Não se pode admitir que a opção pelo prosseguimento seja manifestada na peça de aditamento da inicial (art. 303, §1º, I, CPC). Isso porque o prazo para aditamento – de 15 dias, no mínimo¹²⁰ – pode coincidir, ou mesmo superar, o prazo de recurso (art. 1.003, §2º c/c art. 231, CPC). Assim, se se admitisse manifestação do autor no prazo para aditamento, isso poderia prejudicar o réu que, confiando na possibilidade de estabilização, deixara de recorrer.

c) É preciso que haja decisão concessiva da tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente.

Somente a decisão positiva pode tornar-se estável. Tem aptidão para a estabilidade do art. 304 tanto a decisão concessiva proferida pelo juízo de primeiro grau como a decisão (unipessoal ou colegiada) concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão singular denegatória. O que importa é

120. “No mínimo”, porque o juiz pode fixar prazo maior (art. 303, §1º, I, CPC).

que tudo isso aconteça *antes* de o autor aditar a inicial para complementar a sua causa de pedir e formular o seu pedido definitivo (art. 303, §1º, I, CPC)¹²¹.

Não há necessidade de que a decisão tenha sido proferida liminarmente¹²². Mesmo a decisão proferida após justificação prévia (art. 300, §2º, CPC), para cujo acompanhamento o réu deverá ser citado, tem aptidão para a estabilidade.

Questão interessante é saber se a decisão que concede a tutela antecipada apenas *parcialmente* tem aptidão para a estabilização.

Parece-nos que sim: ela tem aptidão para a estabilização justamente na parte em que atendeu ao pedido provisório do autor. Neste caso, sobrevindo a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos apenas desse capítulo decisório, prosseguindo-se a discussão quanto ao restante¹²³.

d) Por fim, é necessária a *inércia do réu* diante da decisão que concede tutela antecipada antecedente. Embora o art. 304 do CPC fale apenas em não interposição de recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão (ex.: suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, desde que apresentados no prazo de que dispõe a parte para recorrer).

Conforme lição de Heitor Sica, “se o recurso for interposto tempestivamente, impede-se a estabilização, pouco importando se não foi posteriormente conhecido”¹²⁴.

Há quem diga que, para que se configure a inércia do réu, além de não recorrer contra a decisão, é preciso que ele não apresente defesa¹²⁵, assumindo a condição de revel.

Mas não nos parece que a revelia é um pressuposto necessário para a incidência do art. 304.

O *normal* é que o prazo de defesa somente fluirá a partir da audiência de conciliação ou de mediação (art. 335, I, CPC) ou da data do protocolo do pedido de

121. Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

122. Em sentido contrário: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

123. Nesse sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

124. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

125. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 209, p. 29. Também coloca como pressuposto a ausência de contestação, GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 304.

cancelamento dessa audiência (art. 335, II, CPC). O art. 303, §1º, II, do CPC diz que, concedida a tutela antecipada antecedente, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. O inciso III do art. 303, §1º, por sua vez, diz que “não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335”.

Se o caso não admite autocomposição, não é preciso designar audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, I, CPC). O prazo de defesa, contudo, somente deve começar a correr a partir da intimação feita ao réu do aditamento da petição inicial.

Assim, o prazo de defesa, em regra, demora um pouco para ter início. O art. 304 não exige que se espere tanto para que se configure a inércia do réu apta a ensejar a estabilização da tutela antecipada.

Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve *antecipar* o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização – afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não. Não se pode negar ao réu o direito a uma prestação jurisdicional de mérito definitiva, com aptidão para a coisa julgada.

Em suma, a eventual *apresentação da defesa* no prazo do recurso é um dado relevante, porque afasta a inércia e, com isso, a estabilização; mas a inércia que enseja a estabilização não depende da ocorrência de revelia.

Observe-se que a estabilização da decisão antecipatória não será possível se o réu inerte foi *citado/intimado por edital ou por hora certa*, se estiver *preso* ou for *incapaz* sem representante ou em conflito com ele. Nestes casos, será necessária a designação de curador especial que terá o dever funcional de promover sua defesa (ainda que genérica), impugnando a tutela de urgência então concedida¹²⁶.

Não há que se falar em estabilização, também, quando, a despeito da inércia do réu, a demanda for devidamente respondida e a tutela antecipada concedida antecedentemente for questionada por quem se apresente como *assistente simples* do réu ou por *litisconsorte* cujos fundamentos de defesa aproveitem também o réu inerte¹²⁷.

Quando o *réu inerte é a Fazenda Pública*, a discussão pode ser acirrada. A estabilização é uma generalização da técnica monitoria no processo civil brasileiro e muito já se discutia a possibilidade de uso dessa

126. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro, cit., p. 25.

127. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 209, p. 29.

técnica em face da Fazenda Pública desde o regime do CPC-1973, embora agora haja regra expressa permitindo (art. 700, §6º, CPC).

Há que se considerar, ainda, a possibilidade de *inércia parcial do réu*. Isso se dará quando, concedida a decisão antecipatória com mais de um capítulo, o réu só impugnar em sede de recurso, contestação ou outra via de questionamento, um dos capítulos decisórios, caso em que só os outros, não impugnados, serão alcançados pela estabilização¹²⁸.

Outra situação a ser considerada: se o autor não aditar a petição inicial (art. 303, §1º, I), o §2º do mesmo art. 303 determina a extinção do processo sem exame do mérito. Pode acontecer de a medida ser concedida, o autor não aditar e o réu não impugnar. O que acontecerá? Extingue-se o processo, sem estabilização, por força do §2º do art. 303? Extingue-se o processo, com a estabilização da tutela satisfativa antecedente, por força do art. 304?

Deve prevalecer a estabilização da tutela antecipada – e isso em razão da abertura conferida às partes para rever, invalidar ou reformar por meio da ação prevista no §2º do art. 304 do CPC.

Feitas essas considerações, pode-se dizer, sinteticamente, que os arts. 303 e 304, CPC, estabelecem como *pressupostos para a estabilização*:

(i) o *requerimento do autor*, no bojo da petição inicial, no sentido de valer-se do benefício da tutela antecipada antecedente (art. 303, §5º, CPC), que faz presumir o interesse na sua estabilização;

(ii) a *ausência de requerimento*, também no bojo da petição inicial, no sentido de *dar prosseguimento ao processo* após eventual decisão concessiva de tutela antecipada;

(iii) a prolação de *decisão concessiva da tutela satisfativa antecedente*;

(iv) e a *ausência de impugnação do réu*, litisconsorte passivo ou assistente simples, que: a) tenha sido citado por via não ficta (real); b) não esteja preso; ou c) sendo incapaz, esteja devidamente representado.

Mas nada impede que, mesmo na ausência destes pressupostos, as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, avençando a estabilização de tutela antecipada antecedente em outros termos, desde que dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190, CPC. É a conclusão firmada no enunciado n. 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente”.

128. TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo brasileiro, cit., p. 31.

Por exemplo, as partes podem inserir em sede de contrato social cláusula no sentido de que eventuais medidas antecipatórias antecedentes em causas oriundas dos termos daquele contrato, se concedidas, poderão: *i)* estabilizar-se independentemente de requerimento expresso do autor na petição inicial nesse sentido; *ii)* admitindo-se que, diante da revelia e inércia total do réu, o autor tenha preservado o direito de pedir o prosseguimento do processo para obtenção de uma decisão com cognição exauriente e com força de coisa julgada.

4.5.3. Ação de impugnação ou confirmação da decisão concessiva de tutela provisória satisfativa estabilizada

Estabilizada a decisão que concede tutela satisfativa antecedente e extinto o processo, qualquer uma das partes poderá, no prazo de dois anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, propor *ação autônoma* com pedido de revisão, reforma ou invalidação dessa decisão (art. 304, §§2º e 5º, CPC).

O autor, por exemplo, poderá propor ação no simples intuito de *confirmar* a decisão, agora com cognição exauriente e aptidão para fazer coisa julgada. Isso tem especial relevância naqueles casos em que ele, demandante, poderia ter manifestado interesse no prosseguimento do processo em que fora deferida a tutela provisória antecedente, mas não o fez, de modo que, com a superveniente inércia do réu, houve estabilização da tutela antecipada.

Já o réu que se manteve inerte (por descuido ou por vislumbrar nisso alguma vantagem) pode também retomar a discussão, deflagrando nova demanda.

Aqui há uma mudança crucial no regime jurídico das tutelas de urgência.

Na vigência do CPC-1973, o autor, ao obter uma tutela antecipada do seu direito já provável, carregava o ônus de dar início ou prosseguimento ao processo em busca da tutela definitiva.

Com o CPC-2015, no caso da tutela provisória satisfativa antecedente, esse ônus é transferido para o réu. Isso porque o autor, ao obter uma tutela antecipada em caráter antecedente do seu direito já provável, conta com a sua estabilização e consequente extinção do processo em caso de inércia do réu. É o réu que assume o ônus de propor uma nova ação no intuito de reverter a medida, podendo, inclusive, no bojo desta mesma ação, pedir a revisão, reforma ou invalidação *antecipada* da medida, mediante demonstração da probabilidade do direito que afirma ter e do risco de dano ou ilícito ou de inutilidade do resultado final¹²⁹.

129. GRECO, Leonardo. *A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015*, cit., p. 306.

A *competência funcional* para todas essas ações será do juízo que conduziu o processo originário, concedendo a medida antecipatória estabilizada. Estabelece a lei que será ele o “juízo prevento” para tanto (art. 304, §4º, CPC).

Para instruir a petição inicial de qualquer uma dessas ações, a parte poderá pedir o *desarquivamento dos autos* do processo em que fora concedida a medida antecipatória (art. 304, §4º, CPC).

Se o processo for documentado em autos de papel (não eletrônico), deverá extrair cópia integral e autenticada do caderno processual ou simplesmente declará-la autêntica sob a responsabilidade pessoal do advogado. Os autos originais devem permanecer no arquivo para o caso de litisconsorte ou de outra parte pretender propor ação formulando pedido diverso, que não possa mais ser formulado nos autos do processo já pendente, em razão de eventual preclusão ou estabilização objetiva da demanda¹³⁰.

Mas até que esta ação seja proposta, a tutela satisfativa antecedente continuará produzindo seus efeitos, já que a decisão que a concedeu encontra-se estabilizada (art. 304, §3º, CPC).

4.5.4. Estabilização da tutela satisfativa antecedente e coisa julgada. Confronto com a ação monitoria

A estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada.

Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve *juízo* ou *declaração* suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo *sem resolução do mérito*, preservando os efeitos da decisão provisória.

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o *conteúdo* da decisão, não sobre seus efeitos; é o *conteúdo*, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada.

Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito

130. Por exemplo, imagine-se que o autor do processo originário propõe ação visando à confirmação definitiva com cognição exauriente da medida antecipatória, mas o réu, depois de findo o prazo para reconvenção, quer propor outra ação visando a invalidação da decisão antecipatória estabilizada.

positivo da coisa julgada¹³¹. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo, na linha do que já havia sido intuído por Antonio Cabral¹³². Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304¹³³.

Note, ainda, como reforço de argumentação, que, por expressa previsão legal, a coisa julgada não se estende à questão prejudicial incidental no caso de revelia (art. 503, §1º, II, CPC) – exatamente a situação de que se trata.

Esta é, inclusive, uma diferença para o regime da ação monitória. Lá, a inércia do réu transforma, por ficção legislativa, a decisão provisória em definitiva, automaticamente. Por isso, a decisão passa a ter aptidão para a coisa julgada e, conseqüentemente, ser objeto de ação rescisória (art. 701, §3º, CPC). O regime da ação monitória é muito mais rigoroso – o que se justifica, pois ela pressupõe prova escrita da obrigação.

4.6. Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente

A tutela *provisória* cautelar *antecedente* é aquela requerida dentro do mesmo processo em que se *pretende*, posteriormente, formular o pedido de tutela *definitiva*, cautelar e satisfativa.

Seu objetivo é: *i*) adiantar provisoriamente a eficácia da tutela definitiva cautelar; e *ii*) assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa.

O legislador prevê, para sua concessão, um procedimento próprio, disciplinado nos arts. 305 e seguintes do CPC.

A *petição inicial* que veicula a demanda, além de ser escrita e preencher os requisitos do art. 319, I, II, V e VI, CPC, deve conter: *a*) requerimento de concessão de tutela provisória cautelar, em caráter antecedente – a ser confirmada em caráter definitivo –, se for o caso, liminarmente ou mediante justificação prévia (art. 300, §2º, CPC); *b*) indicação da lide, seu fundamento e exposição sumária da probabilidade do direito que se busca acautelar; e *c*) demonstração do perigo da demora (art. 305 e seguintes, CPC).

131. Mesmo depois do decurso do prazo de dois anos para propositura da ação autônoma com pedido de revisão, reforma ou invalidação dessa decisão, não há que se falar em coisa julgada. Continua ela simplesmente estabilizada (em sentido contrário, para quem há coisa julgada, GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 305)

132. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

133. O que justifica a conclusão do enunciado n. 33 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Não cabe ação rescisória nos casos estabilização da tutela antecipada de urgência”.

Ao fazer o juízo de admissibilidade inicial, o juiz poderá determinar a *emenda* da inicial, na forma do art. 321, CPC, *indeferi-la*, nos casos do art. 330, CPC, ou simplesmente *deferi-la* se estiver totalmente regular e em termos.

Uma vez deferida a petição inicial, o juiz deverá: a) julgar o requerimento *liminar* de tutela cautelar, se assim formulado, ou mediante justificção prévia, se necessária; b) ordenar o *cumprimento* da medida (se deferida); bem como c) determinar a *citação do réu* para, no prazo de cinco dias, caso queira, contestar o pedido e especificar provas que pretende produzir (art. 306, CPC).

Não contestado o pedido de tutela cautelar antecedente, fica configurada a revelia, e os fatos alegados até então pelo autor serão tomados como ocorridos, de forma que o juiz proferirá decisão definitiva sobre ele (pedido cautelar) no prazo de cinco dias (art. 307, CPC). A presunção de veracidade desta revelia segue o regime jurídico geral, previsto no art. 344, CPC.

Contestado o pedido no prazo de lei, o juiz prosseguirá pelo procedimento comum (art. 307, p. único, CPC).

Concedida em caráter antecedente, a tutela provisória cautelar terá de ser efetivada no prazo de trinta dias, sob pena de não mais poder sê-lo, operando-se a cessação da sua eficácia, na forma do art. 309, II, CPC. Deve-se entender que o prazo de trinta dias é para que o requerente *busque* a efetivação da medida; se ele buscou e fez o que era necessário para tanto, mas a medida não se efetivou porque, por exemplo, o oficial de justiça não citou/intimou o requerido, ou ainda porque este, mesmo citado/intimado, não cumpriu a ordem, não há que falar em cessação da sua eficácia. Decorrido esse prazo sem efetivação da medida, e desde que isso seja imputável ao próprio requerente, presume-se que desapareceu o risco e que a parte não mais deseja a medida cautelar¹³⁴.

Promovida, contudo, sua *efetivação*, com emprego de qualquer medida adequada para tanto (ex.: arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens), começará a correr prazo de trinta dias para que o *autor formule o pedido de tutela definitiva* satisfativa (o chamado “pedido principal”) e adite a causa de pedir correlata¹³⁵, sob pena de cessação da eficácia da medida cautelar (arts. 308, *caput* e §2.º, 309, I, CPC). O prazo será contado da data em que foi praticado o primeiro ato efetivação da medida¹³⁶. Não se exige o adiantamento de novas custas processuais (art. 308, *caput*, CPC).

134. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 22 ed., cit., p. 158.

135. Como o autor não teve tempo hábil para levantar os elementos necessários para deduzir já na petição inicial o *pedido de tutela definitiva satisfativa* – o chamado “pedido principal” – e a causa de pedir correspondente, de modo completo e acabado, admite-se que seja formulado posteriormente, depois da concessão e efetivação da tutela provisória cautelar.

136. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 22 ed., cit., p. 158.

Mesmo quando *não concedida a tutela cautelar*, a parte *poderá formular o seu “pedido principal”* cujo julgamento não será influenciado por isso – salvo se o fundamento do indeferimento da cautelar for a prescrição ou decadência do direito acautelado (art. 310, CPC)¹³⁷.

A tutela cautelar, como visto, é autônoma em relação à tutela satisfativa, contendo mérito próprio (pedido e causa de pedir). Essa autonomia também se destaca quando se percebe que o resultado do julgamento da demanda cautelar não influencia no resultado do julgamento da demanda satisfativa. Aquele que venceu a cautelar pode sair vencido no pedido principal e vice-versa. A cautelar é procedente ou improcedente pelos seus próprios fundamentos e não em função do mérito da demanda principal e satisfativa¹³⁸.

Independentemente disso, se o autor já tiver os elementos necessários, o *pedido de tutela definitiva satisfativa* (o chamado “*pedido principal*”) e respectiva causa de pedir podem ser deduzidos *na própria petição inicial*, ao lado do pedido de tutela cautelar (art. 308, §1º, CPC). Mas, neste caso, o pedido de tutela cautelar é feito em caráter incidental e, não, antecedente.

Depois de formulado e recebido o *pedido de tutela definitiva satisfativa* (“*pedido principal*”), o juiz deverá determinar a intimação das partes, na pessoa do seu advogado (ou sociedade de advogados) ou pessoalmente, para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, CPC. Não será necessária nova citação do réu (art. 308, §3º, CPC).

O §1º do art. 308 do CPC autoriza a cumulação inicial de pedidos cautelar e definitivo. Assim, é plenamente possível que a demanda seja formulada já com os pedidos de tutela cautelar e tutela satisfativa. Nesse caso, a tutela cautelar não será antecedente, mas, sim, incidental. Essa regra revela como o procedimento comum é apto a mais de uma espécie de tutela jurisdicional – é, também por isso, um procedimento de cognição plena.

Não havendo autocomposição, o réu terá prazo de quinze dias para responder ao “*pedido principal*”, cujo termo inicial será definido na forma do art. 334, CPC.

O juiz prosseguirá, na sequência, pelo procedimento comum, até a *prolação da sentença* em que julgará o pedido de tutela cautelar em definitivo (se não tiver sido objeto de julgamento antecipado, na forma do art. 307, CPC), para confirmá-la, modificá-la ou revogá-la, bem como o pedido de tutela satisfativa definitiva (“*pedido principal*”).

137. Deve-se notar que o indeferimento da tutela cautelar *incidental* também não influirá no julgamento do pedido principal, ressalvado o indeferimento por prescrição ou decadência em torno do direito acautelado (GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 317).

138. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar, 22 ed., cit., p. 56 e 59.

Se a sentença for de improcedência do pedido principal (ou do cautelar) ou de extinção do processo sem resolução do mérito, cessará a eficácia da tutela cautelar concedida anteriormente (art. 309, III, CPC). A despeito do silêncio da lei, se a sentença for de procedência do pedido principal, depois de definitivamente efetivado e satisfeito o direito objeto do pedido, cessará a eficácia da tutela cautelar, que perde a utilidade de acautelar um direito já realizado.

Cessada a eficácia da cautelar em qualquer uma das hipóteses acima abordadas ao longo desse item¹³⁹, a parte não pode renovar o pedido respectivo, salvo com novo fundamento (art. 309, parágrafo único).

4.7. Fungibilidade das tutelas de urgência

O CPC uniformiza os pressupostos necessários para concessão das tutelas de urgência e prevê um regime comum para sua concessão em caráter incidental. Institui, contudo, regimes diferenciados para a concessão das tutelas de urgência antecedentes: antecipada (satisfativa) e cautelar.

Em se tratando de tutela de urgência *antecipada*, segue-se o regramento dos arts. 303 e seguintes do CPC. Já no caso da tutela de urgência *cautelar*, aplica-se o disposto nos arts. 305 e seguintes do CPC. Essa diferenciação se justifica pela previsão da estabilização da tutela provisória antecedente, apenas aplicável à tutela satisfativa.

O legislador, ciente das dificuldades que podem surgir na diferenciação da tutela antecipada (satisfativa) e da tutela cautelar, foi cauteloso ao prever a fungibilidade dessas tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, exigindo a prévia e necessária adaptação procedural.

Assim, prevê o art. 305, parágrafo único, CPC, que, uma vez requerida tutela cautelar em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é satisfativa (antecipatória), poderá assim recebê-la, desde que seguindo o rito correspondente. Trata-se de hipótese de *fungibilidade progressiva*, de conversão da medida cautelar em satisfativa, isto é, daquela menos agressiva para a mais agressiva.

Se o legislador admite essa fungibilidade progressiva (da cautelar para a satisfativa), deve-se admitir, por analogia, a *fungibilidade regressiva* da satisfativa para a cautelar (da mais para a menos agressiva e rigorosa). Dessa forma, uma vez requerida tutela provisória satisfativa (antecipada) em caráter antecedente, caso o juiz entenda que sua natureza é cautelar, poderá assim recebê-la, desde que seguindo

139. Algumas delas igualmente aplicáveis à tutela cautelar incidental, mais especificamente os incisos II e III do art. 309 (GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015, cit., p. 317).

o rito para ela previsto em lei. É preciso que a decisão tenha motivação clara nesse sentido, até mesmo para que o réu saiba das consequências de sua inércia, bem mais gravosas caso o pedido seja de tutela provisória satisfativa.

Fica admitida, assim, uma *fungibilidade de mão dupla*, exigindo-se, contudo, que venha acompanhada da *conversão do procedimento* inadequado para aquele que é o adequado por força de lei.

5. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA

5.1. Conceitos fundamentais

A *evidência* é fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

A evidência, enquanto um fato jurídico processual, pode ser tutelada em juízo.

Perceba-se que a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela.

Somente há sentido e utilidade em falar da “tutela da evidência” como técnica processual.

É uma *técnica processual*, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo.

Qualquer espécie de tutela jurisdicional, encarada como resultado prático da decisão, pode, em tese, ser beneficiada por essa técnica.

Assim, a evidência pode servir às tutelas definitivas ou “provisórias”¹⁴².

140. Definindo-o como o direito evidenciado por provas, FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 311 e 313. Isso coloca o direito da parte em condição de evidência, tal como o direito líquido e certo que autoriza o mandado de segurança e o direito de crédito representado em título executivo de titularidade do exequente (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p. 305).

141. Há situação de evidência também quando se observa que os fatos são notórios, incontrovertidos, confessados em outro processo – e todo aquele demonstrado por prova emprestada ou antecipada eficaz (FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p. 313 ss.). Diz-se, ainda, evidente aquele que se imponha por força do efeito positivo da coisa julgada (ex.: paternidade reconhecida como questão principal em outro processo é evidente naquele em que se pleiteia alimentos), que decorra de prescrição ou decadência (ex.: “se alguém molesta outrem com base em direito decadente, o *adversus* molestado pode postular providência imediata cessatória passível de ser atendida de pronto”) ou objeto de presunção absoluta, como a autorização marital para realização de despesas domésticas, cf. 1643, CC (ainda que com outras palavras, FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p. 313-316).

142. No sentido do texto, lembrando que não se admite *julgamento de procedência do pedido* liminar, CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça. *Revista de Processo*.

São técnicas que servem à *tutela definitiva, fundada em cognição exauriente*: a) a criação de um procedimento especial como o mandado de segurança e a ação monitória; e b) a permissão para a instauração da execução definitiva, por credor que esteja munido de título executivo extrajudicial.

É técnica que serve à *tutela provisória, fundada em cognição sumária*: a antecipação provisória dos efeitos da tutela satisfativa. Aqui surge a chamada tutela provisória de evidência.

Nestes casos, a evidência se caracteriza com conjugação de dois pressupostos: prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual.

Dispensa-se a demonstração de urgência ou perigo. Por isso, há quem prefira compreender a tutela provisória de evidência simplesmente como aquela para cuja concessão se dispensa a demonstração de perigo.

Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para a parte que revela o elevado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência – mesmo após uma instrução processual¹⁴³.

Por essa razão se diz que o direito fundamental à *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, CF) exige que o ônus do tempo processual seja gerido com comedimento e moderação, considerando-se não só a razoabilidade do tempo necessário para concessão da tutela definitiva, como também a razoabilidade na escolha da parte que suportará o estorvo decorrente, concedendo uma tutela provisória para aquela cuja posição processual se apresenta em estado de evidência e com mais chances de sucesso¹⁴⁴.

Por exemplo, se as afirmações de fato e o direito do autor se colocam em estado de evidência, a injustiça que pode decorrer da sua espera por uma cognição exauriente, necessária para a concessão de tutela definitiva, é muito mais provável do que aquela que vitimaria o réu com um eventual erro judiciário advindo da apreciação superficial da causa, por uma cognição sumária, que funde uma tutela provisória.

São Paulo: RT, 2014, n. 238. Em sentido diverso, só visualizando cognição exauriente no contexto da tutela de evidência, FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, cit., p. 309, 310 e 320. Lucas Buril, por sua vez, entende que há uma cognição aprofundada que permite chegar a juízo de quase certeza – que só não se pode dizer alcançada por questões procedimentais (MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 538).

143. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 132. Também a coloca como técnica de distribuição do ônus do tempo, MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 540 e 541.

144. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 133.

É nesses casos e com esse propósito que se propugna pela concessão de tutela provisória de evidência em favor do autor, desestimulando a resistência do réu para quem se tornará desvantajoso procrastinar o feito e vantajoso cooperar para seu deslinde ou, talvez, partir para mecanismos alternativos de solução do conflito¹⁴⁵.

A tutela provisória da evidência é o objeto principal dos itens a seguir.

5.2. Pressupostos

5.2.1. Noções iniciais

O CPC prevê hipóteses de tutela provisória de evidência em procedimentos especiais como a tutela provisória satisfativa da ação possessória (art. 562), dos embargos de terceiro (art. 678) e da ação monitória (art. 700)¹⁴⁶.

Mas o foco desse trabalho é a tutela provisória de evidência prevista para a generalidade dos direitos, tutelados pelo procedimento comum¹⁴⁷, disciplinada no art. 311, CPC. Trata-se de tutela que, independentemente de demonstração de perigo, pode ser concedida quando:

“I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte¹⁴⁸;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental-mente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa¹⁴⁹.

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Há, assim, duas modalidades de tutela provisória de evidência: a) *punitiva* (art. 311, I), quando ficar caracterizado o “abuso do direito de defesa ou o manifesto

145. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 133.

146. E, em sede de lei especial, também há previsão para ação de despejo, no art. 59, §1.º, da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991).

147. Relembrando-se que se o procedimento especial não tiver previsão própria de concessão de tutela provisória de evidência, não há óbice a que seja concedida, se preenchidos os pressupostos genéricos do art. 311, CPC. A tutela provisória também é cabível nos *procedimentos especiais* que sejam compatíveis com providências dessa natureza, por força do art. 318, p. único, CPC.

148. Antes prevista no art. 273, II, do CPC-1973, e mantida no CPC-2015.

149. Antes prevista no art. 902, I, do CPC-1973, no bojo da então ação de depósito; o procedimento especial da ação de depósito desapareceu; o legislador, porém, manteve a previsão da tutela provisória de evidência, no bojo do procedimento comum.

propósito protelatório da parte”; b) *documentada*, quando há prova documental das alegações de fato da parte, nas hipóteses do art. 311, II a IV, que determinam a probabilidade de acolhimento da pretensão processual. Seus pressupostos serão a seguir analisados.

Mas registre-se, de logo, que, no âmbito da tutela de evidência documentada, nada impede que as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, dentro dos limites da cláusula geral de negociação do art. 190, CPC, para atribuir a um documento a aptidão para permitir ou não a tutela de evidência, nas hipóteses do art. 311, II a IV, CPC. Essa é, inclusive, uma hipótese que tende a ser muito usual de negócio jurídico processual.

5.2.2. Tutela de evidência punitiva. Atos protelatórios e abusivos da parte

O art. 311, I, CPC, admite a concessão de tutela provisória de evidência quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte”.

Trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes.

É fundada na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica da parte requerente, que se coloca em estado de evidência em relação à situação litigiosa, vez que a parte adversária é exercente de defesa despida de seriedade e consistência e, por isso, deve ser apenada com o ônus de provar que sua posição é digna de tutela jurisdicional.

A conduta temerária é, aqui, comportamento ilícito que configura a probabilidade do direito afirmado do requerente da medida e *autoriza* a antecipação *provisória* dos efeitos da tutela por ele pretendida.

Além de punir, seu objetivo também é garantir *igualdade substancial* entre as partes, impondo o peso do tempo necessário para a investigação e cognição judicial sobre aquele que abusou e cuja posição é, portanto, de menor evidência (ou probabilidade), o que acaba por estimulá-lo a contribuir para o andamento do feito. O único pressuposto necessário para a concessão dessa tutela antecipatória é que a parte diversa “exerça o seu direito de defesa de maneira não séria, inconsistente”¹⁵⁰.

150. MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória, cit., p.41-43. Daniel Mitidiero sustentava, no regime do CPC de 1973, ser tutela fundada exclusivamente na evidência do direito, que só serve para redistribuir o ônus do tempo no processo. Segundo o autor, a tutela

Entretanto, as expressões “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório” contidas no tipo legal do art. 311, I, CPC, que autoriza essa tutela de evidência, são conceitos indeterminados cujo preenchimento deve ser feito e explicado pelo juiz à luz do caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC).

Antes de tudo, o magistrado deve agir com olhos atentos à finalidade da norma: garantir o prosseguimento do feito de forma mais rápida e efetiva, sem embaraços arditos. Assim, só se deve enquadrar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprometimento da lisura e da celeridade do processo. “O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória”¹⁵¹.

“É criticável, sob este aspecto, a expressão “manifesto propósito protelatório”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença ante mera *intenção* de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o *propósito* de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também, os ‘abusos de direito de defesa’”¹⁵². Essa não nos parece ser a melhor interpretação, como doravante será demonstrado.

As expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)¹⁵³.

O termo “*abuso de direito de defesa*” deve ser interpretado de forma ampla. Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte – como, por

antecipatória prevista neste dispositivo não poderia ser tomada como uma tutela sancionatória ou punitiva. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 276.

151. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 78. João Batista Lopes parece adotar este entendimento (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 64). Bruno Lopes entende que o abuso do direito de defesa não precisa ser direcionado à protelação ou embaraço do feito – pois inevitavelmente lesou interesse público e preservação da lealdade processual –, já o manifesto propósito protelatório, quando se dá antes da propositura da demanda, “como não existe ainda processo, a atitude protelatória do demandado não implica afronta à dignidade da justiça, sendo portanto, necessária a ocorrência de prejuízo para que a tutela seja antecipada” – o que não ocorre quando o ato é praticado na pendência do feito. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 127).

152. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 78.

153. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2ª ed., 1999, p. 77. Com esse entendimento, NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 23-25; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 125.

exemplo, com a provocação infundada de incidentes processuais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunha¹⁵⁴.

Já no que diz respeito ao “*manifesto propósito protelatório*” emerge interessante questão: esses atos ardilosos extraprocessuais podem ser praticados antes do início do processo ou só quando já está pendente o feito? Ao que parece, a litispendência é pressuposto para a concessão da tutela antecipada com base neste inciso, mas é possível que, após citado o réu¹⁵⁵, se conceda a providência em razão de comportamentos da parte anteriores à formação do processo.

É nestes termos que se consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processuais. Quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, presume-se a falta de consistência e desvalia evidente da sua atuação¹⁵⁶; em contrapartida, configura-se a probabilidade de veracidade do que afirma o adversário e a evidência do direito respectivo. Isso autoriza o juiz a antecipar provisoriamente os efeitos da tutela.

Trata-se de tutela provisória que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado.

Sucedem que, na prática, são muito raras as hipóteses de tutela de evidência punitiva. Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos ardilosos e meramente protelatórios. É o caso dos arts. 139, III, 77, §2.º, 79 a 81, 774, dentre outros do CPC¹⁵⁷.

Segundo Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, é vedada no nosso ordenamento a aplicação de mais de uma sanção processual punitiva para sancionar um mesmo ato (*ne bis in idem*). Assim: “Ocorrendo situação na qual potencialmente incida a *tutela antecipada sancionatória* e outra sanção processual, aquela prevalece, por critério de

154. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 23.

155. Como visto em item dedicado às liminares, não se admite a concessão de tutela punitiva liminar: a postergação do contraditório não se justifica para apenar comportamento desleal, alegado e provado apenas unilateralmente (art. 311, p. único, CPC).

156. CARNEIRO, Athon Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 35 e 36. Também assim. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 18-19; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*, cit., p. 49.

157. Consideram as punições por litigância de má-fé dos arts. 79 e 81, CPC, mais eficazes, CARNEIRO, Athon Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 35 e 36. Também assim. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 18-19; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*, cit., p. 49. “A constatação da pouca utilização dessa espécie de tutela antecipada na prática é uma tendência da timidez com que os juízes aplicam as sanções processuais previstas no ordenamento jurídico. É uma pena, ainda mais se considerando que a crise ética que avassala o nosso País também se encontra presente no dia-a-dia forense, de forma a ser imperioso um maior controle e respeito aos princípios da boa-fé e lealdade processual” (NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 28).

especialidade (entre seus requisitos inclui-se, além da conduta desleal do demandado, a probabilidade de existência do direito do demandante...), e em decorrência de sua maior aptidão para proporcionar uma *tutela jurisdicional efetiva e tempestiva*”¹⁵⁸.

Não parece acertada a conclusão. O ato ilícito pode ter múltipla consequência jurídica, sem qualquer impedimento teórico neste sentido. Uma mesma conduta pode repercutir nos âmbitos cível, penal e administrativo. O art. 77, §2º, e o art. 774 do CPC são expressos em admitir a cumulação de sanções processuais. O *atentado* é ilícito processual com múltiplas consequências (art. 77, §7º, do CPC). Nada impede, então, que a conduta da parte implique a *tutela de evidência punitiva* e a *punição pecuniária pela litigância de má-fé*.

Eis alguns exemplos de condutas que autorizam a concessão da tutela de evidência punitiva: *a)* reiterada retenção dos autos por tempo delongado; *b)* fornecimento de endereços inexatos a fim de embaraçar intimações; *c)* prestar informações erradas; *d)* embaraçar a produção de provas – pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.; *e)* “pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em ‘outro processo’, onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso”¹⁵⁹; *f)* invocar uma tese bisonha ou oposta à orientação dominante nos tribunais superiores etc.¹⁶⁰; *g)* alienação de bens necessários à satisfação do demandante; *h)* repetir requerimento antes indeferido etc.

Nesse particular, o enunciado n. 34 do Fórum Permanente de Processualistas Civis firmou entendimento de que: “Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento”.

Há outro fator que colabora para a baixa incidência desse tipo de tutela provisória.

Para que seja concedida, é necessário que haja verossimilhança das alegações e probabilidade de acolhimento da pretensão. Em contrapartida, observa-se uma fragilidade da manifestação da outra parte – que emprega argumentos e meios processuais abusivos, apresentando defesa despida de seriedade –, o que conduz, não raro, ao indeferimento das provas por ele requeridas, porquanto inúteis ou meramente protelatórias. Tudo isso, normalmente, autorizará o juiz a realizar um

158. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*, cit. p. 130.

159. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 36 e 37.

160. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 36 e 37.

juízo antecipado do mérito (art. 355, I, CPC), diante da dispensabilidade de produção de mais provas – fora aquelas trazidas pelo autor.

Conclui-se que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em muitas situações, pode acabar conduzindo a um julgamento antecipado do mérito e, não, a uma tutela provisória. Assim, a grande utilidade da antecipação provisória dos efeitos da tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença¹⁶¹.

Havendo um litisconsórcio passivo, se só um dos litisconsortes pratica abuso de direito de defesa ou incorre em manifesto propósito protelatório, é possível o juiz antecipar provisoriamente os efeitos da tutela? A conduta abusiva de um litisconsorte passivo pode conduzir ao acolhimento de pedido de tutela antecipada, prejudicando o outro?

Se o litisconsórcio passivo é simples, não há dúvidas de que é possível o requerimento e concessão de tutela provisória sancionatória, tão somente, em face do litisconsorte passivo que praticou o ato protelatório – pois os atos e omissões de um não prejudicam o outro, tal como visto no regime de tratamento dos litisconsortes, no volume 1 deste Curso.

O problema surge quando se está diante de um litisconsórcio unitário, em que ambos os litisconsortes estão em defesa de um objeto uno e indivisível, sendo, pois, inviável antecipar provisoriamente a tutela só em prejuízo de um deles. Nesse caso não nos parece adequado antecipar a tutela e, com isso, punir o litisconsorte que agiu lealmente.

5.2.3. Tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório

O art. 311, II, CPC, admite a concessão de tutela provisória de evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

Trata-se de tutela provisória de evidência admitida mediante o preenchimento de dois pressupostos (um de fato e outro de direito, respectivamente):

a) o primeiro deles é a existência de *prova das alegações de fato* da parte requerente, que, neste caso, deve ser: *i)* necessariamente *documental*, ou documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente); e *ii)* recair sobre fatos que justificam o nascimento do direito afirmado, isto é, fato *constitutivo*

161. Eis as reflexões de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 327.

do direito. Esse pressuposto é desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova (ou outras provas), como fato notório, o fato confessado, o fato incontroverso, o fato presumido.

b) o segundo é a *probabilidade de acolhimento da pretensão processual*, que se configura exatamente em razão do fundamento normativo da demanda consistir em *tese jurídica já firmada em precedente obrigatório*, mais especificamente em enunciado de súmula vinculante (art. 927, II, CPC) ou em julgamento de demandas ou recursos repetitivos (art. 927, III, CPC), que vinculam o julgador e devem ser por ele observados, inclusive liminarmente (art. 311, parágrafo único).

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC. Seria o caso da tese fixada em decisão do STF dada em sede de controle concentrado e dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional¹⁶².

Devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema¹⁶³, *limitando as possibilidades argumentativas* da parte em face da qual se requer a tutela de evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente)¹⁶⁴.

A parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação –, encontra-se estado de evidência. Demonstra não só a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual como também a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC)¹⁶⁵. Não é razoável, assim,

162. MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 544 e 545.

163. No julgamento de casos repetitivos, por exemplo, os arts. 984, §2.º, e 1036, §5.º, CPC exigem que o conteúdo do acórdão abranja a análise de todos os fundamentos suscitados em torno da tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.

164. Vale conferir MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 545.

165. O que faz com que essa modalidade de tutela de evidência acabe se confundindo com a tutela de evidência punitiva, que poderia facilmente absorvê-la ou tê-la como subtipo.

impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*¹⁶⁶.

Devidamente preenchidos os pressupostos que autorizam essa tutela de evidência documentada, a *decisão concessiva* não poderá limitar-se a apontar o lastro documental de comprovação das alegações de fato e invocar o precedente ou o enunciado de súmula onde foi firmada a tese invocada. É necessário que identifique os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) do precedente utilizado e demonstre que o caso sob julgamento se assemelha ao caso que lhe deu origem, ajustando-se aos seus fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).

Por outro lado, a *decisão denegatória* dessa tutela de evidência documentada não poderá deixar de seguir o precedente ou enunciado de súmula invocado pela parte, “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1.º, VI, CPC).

A decisão concessiva de tutela de evidência documentada e fundada em precedente obrigatório é provisória. Sua efetivação segue as regras do cumprimento provisório de sentença, no que cabível.

Por isso, em sendo decisão consoante “súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos”, será *dispensada a exigência de caução* para “o levantamento de depósito em dinheiro, a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado” (arts. 297, parágrafo único, 520, IV, 521, IV, CPC).

Mas a caução poderá ser exigida quando sua dispensa possa manifestamente implicar risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (art. 521, parágrafo único, CPC).

Demais disso, a sentença final que confirma, concede ou revoga a tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório é impugnável por *apelação sem efeito suspensivo* (cf. arts. 1013, §5º, e 1012, §1º, V, CPC). Essa é uma das duas únicas hipóteses inovadoras de supressão de efeito suspensivo da apelação do CPC-2015¹⁶⁷. Inclusive, basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de suspensividade. Torna-se, pois, uma *nova e importante* técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação.

Por fim, a apelação interposta contra a sentença que confirma ou concede essa tutela de evidência documentada e fundada em precedente obrigatório somente

166. Vide MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, cit., p. 545 ss.

167. A outra se encontra no art. 309, IV, CPC.

poderá versar sobre a “distinção” do caso em julgamento daquele que deu origem ao precedente ou sobre a “superação” do precedente. Caso contrário, possivelmente será julgada pelo relator, no sentido de negar-lhe provimento por decisão singular, nas hipóteses do art. 932, IV, CPC, isto é, por entender que o *recurso* contraria súmula vinculante ou tese firmada no julgamento de casos repetitivos, chancelando entendimento da sentença de primeira instância.

Também se aplica a regra acima (art. 932, IV, CPC) ao agravo de instrumento e ao recurso extremo contra decisão que concede essa modalidade de tutela de evidência, sendo, pois, provável o seu não-provimento por decisão monocrática pelas mesmas razões.

Para a compreensão dessa espécie de tutela de evidência, muito importante a leitura do capítulo sobre precedentes, neste volume do *Curso*.

5.2.4. Tutela de evidência documentada de contrato de depósito

O art. 311, III, CPC, admite a concessão de tutela provisória de evidência quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

O que se observa da leitura sistemática do CPC é que: *a*) o legislador extinguiu o procedimento especial de depósito, antes previsto nos arts. 901-906, do CPC-1973; e, em seu lugar, *b*) passou a admitir que a obrigação de restituir coisa decorrente de contrato de depósito fosse tutelada pelo procedimento comum, aplicando-se as regras de tutela específica das obrigações de entregar coisa do art. 498 e seguintes do CPC.

O art. 902 do CPC-1973¹⁶⁸ continha regra especial de tutela provisória de evidência (liminar) para essas obrigações. Bastava que o contrato de depósito fosse objeto de “prova literal” (ou seja, prova escrita¹⁶⁹) para que se configurasse sua evidência e se admitisse a tutela provisória da obrigação correspondente.

Essa técnica foi preservada com o art. 311, III, CPC-2015, em que pese restrita ao depósito convencional.

De acordo com o art. 311, III, CPC, o pedido de cumprimento de obrigação reipersecutória (i.e., de entregar coisa) decorrente de contrato de depósito, que venha instruído com prova documental, autoriza a concessão de tutela provisória de evidência.

168. “Na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias: 1 - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro (...)”.

169. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 8, t. 3, p. 221.

Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por “prova documental adequada do contrato de depósito”. Mas para que se conclua pela probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva¹⁷⁰, se o réu não foi ainda citado (já que a citação o constitui em mora).

Perceba: ainda que o contrato de depósito seja título executivo extrajudicial, é possível ajuizar ação de conhecimento a fim de se obter título judicial (art. 785, CPC). E, no bojo dessa ação, também será possível a concessão de tutela de evidência documentada, mediante preenchimento dos mesmos pressupostos acima.

Uma vez preenchido o pressuposto referido, a tutela provisória de evidência será concedida, de acordo com a literalidade da lei, mediante “ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”. O legislador só admite, em caráter provisório, a tutela *específica* da obrigação e, não, tutela genérica ou pelo seu equivalente em dinheiro. Até porque a tutela provisória de evidência só é prevista para pedido reipersecutório e não para pedido de condenação em quantia.

Ademais, quando formulado o pedido reipersecutório, sua conversão em perdas e danos (obrigação de pagar quantia correspondente) pressupõe mais do que simples prova documental adequada do contrato de depósito; é necessário um aprofundamento cognitivo mediante apresentação da *prova* da impossibilidade do cumprimento da obrigação *in natura* ou da obtenção do resultado prático equivalente; ou manifestação de opção do autor no sentido de recebimento do valor correspondente – manifestação esta que já configura pretensão pecuniária e não reipersecutória (art. 499, CPC).

Em que pese a lei especifique que a medida será determinada sob pena de incidência de multa cominatória, deve-se considerar que o art. 536, CPC, concedeu ao juiz o poder geral de efetivação dessas obrigações de modo que outras medidas de execução (provisória) podem ser utilizadas, se adequadas, necessárias e razoáveis, à luz do caso concreto (arts. 297, 520, §5º, 536, CPC).

5.2.5. Tutela de evidência documentada na ausência de contraprova documental suficiente

Como visto, o art. 311, IV, CPC, admite a concessão de tutela provisória de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

170. Sobre o tema, em parte, BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*, cit., p. 161.

A aplicação da hipótese de tutela provisória de evidência acima exige o preenchimento de três pressupostos.

O *primeiro* deles é que a evidência seja demonstrada pelo autor e não seja abalada pelo réu mediante *prova exclusivamente documental*. Deve tratar-se de causa cuja prova seja basicamente documental. Uma interpretação extensiva permite que se considere aí abrangida a prova documentada (como a prova emprestada ou produzida antecipadamente), bem como a evidência de fatos que independem de prova ou mais provas (como o notório, o incontroverso e o confessado).

O *segundo* é que o autor traga *prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos* do seu direito, que, por isso, já é evidente.

E o *terceiro* é *ausência de contraprova documental suficiente* do réu, que seja apta a gerar “dúvida razoável” em torno: a) do *fato* constitutivo do direito do autor; ou b) do próprio *direito* do autor – quando adequadamente demonstrado fato que o extinga, impeça ou modifique.

Insista-se: a contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão de tutela de evidência, é a documental. Isso porque se o réu não dispuser de nenhum outro meio de prova suficiente, além da documental, então já será caso de julgamento antecipado do mérito por desnecessidade de produção de outras provas (art. 355, I, CPC).

Por isso se pode dizer que, da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado do mérito.

De um lado, porque se a contraprova documental do réu é insuficiente, mas ele requer a produção de outros meios de prova, não é autorizada a concessão da tutela provisória de evidência, que pressupõe que se trate de causa em que a prova de ambas as partes seja exclusivamente documental. Nesses casos, o juiz prosseguirá com a determinação da coleta de novas provas em favor do réu.

De outro, se a contraprova documental do réu é insuficiente e ele não requer a coleta de outras provas, fica autorizado o julgamento antecipado do mérito da causa (art. 355, I, CPC), com a concessão de tutela definitiva, mediante cognição exauriente.

Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória.

O problema agrava-se se pensarmos que, assim, sempre que o julgamento antecipado do mérito for pela procedência do pedido do autor, seria possível cogitar uma tutela provisória, que eliminaria o efeito suspensivo da apelação – talvez seja a única utilidade do dispositivo.

6. TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

6.1. Panorama legislativo – perspectiva histórica e atual

Desde a década 1960, o legislador vem impondo restrições à tutela provisória e à própria execução provisória contra a Fazenda Pública.

O art. 5º, parágrafo único, da *Lei n. 4.348/1964* não permitia, desde então, concessão de liminar ou a execução provisória de sentença de *mandado de segurança* contra a Fazenda Pública, que ordenasse a *reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens*. Essa lei foi revogada pelo art. 29 da *Lei n. 12.016/2009*, mas a vedação foi reafirmada no §2º do art. 7º da mesma lei (*Lei n. 12.016/2009*).

Ainda no contexto do *mandado de segurança*, o art. 1º, *caput* e §4º, da *Lei n. 5.021/1966* vedava a concessão de liminar em *mandado de segurança* que importasse pagamento de *vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual ou municipal*. Essa lei também foi revogada pelo art. 29 da *Lei n. 12.016/2009*, mas a mesma *Lei n. 12.016/2009* reafirmou essa proibição no § 2º do seu art. 7º¹⁷¹.

Com a edição do Plano Collor I, em março de 1990, inúmeros jurisdicionados dirigiram-se ao Judiciário para reclamar a liberação imediata de quantias que haviam sido bloqueadas pelo Governo, com o propósito (mal sucedido) de impedir o crescimento da inflação. O Presidente, então, editou Medida Provisória, depois convertida na *Lei n. 8.437/1992*, que, em seu art. 1º, estendeu às liminares concedidas em *ações cautelares propostas contra o poder público* as mesmas restrições. O art. 3º da *Lei n. 8.437/1992* adotou praticamente a mesma redação do então art. 7º da *Lei n. 4.348/1964* – acima comentado –, impedindo, assim, execuções provisórias em cautelares, que, na verdade, são medidas de natureza satisfativa.

Além disso, o art. 1º, §1º, *Lei n. 8.437/1992* não admite cautelar, inclusive liminar, que vise a impugnação, em primeira instância, de *ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal* – salvo se em sede de ação popular e a ação civil pública (art. 1º, §2º, *Lei n. 8.437/1992*). E, no seu art. 1º, §3º, esta mesma lei veda, ainda, liminares que *esgotem o objeto da ação*, sem esclarecer, contudo, o que significa “esgotar o objeto da ação”. Rigorosamente, uma tutela provisória jamais irá exaurir o objeto de uma demanda, porquanto, por natureza, deva ser sucedida por uma medida definitiva, dada em cognição exauriente. É possível cogitar que o legislador tenha pretendido vedar, com essa ambígua expressão (“esgotar objeto da ação”), liminares com efeitos irreversíveis. Se é

171. Perceba que a lei impede a execução provisória da sentença de mandado de segurança, sempre que não for permitida a concessão da tutela provisória (art. 14, § 3º, *Lei n. 12.016/2009*).

este o caso, então se trata de norma, atualmente, supérflua, porquanto já conste a vedação no texto do art. 300, §3.º, CPC – que, inclusive, é mitigada em doutrina e jurisprudência, como se viu no item reservado ao tema.¹⁷²

Ainda na década de 90 do século XX, entrou em vigor a *Lei n. 9.494/1997*, no intuito de regulamentar a tutela antecipada contra o poder público. Com isso, toda a disciplina restritiva das tutelas provisórias em mandado de segurança e ação cautelar foi estendida às tutelas provisórias satisfativas em geral (tutela antecipada), nos termos do seu art. 1º. A extensão foi reafirmada pelo § 5º do art. 7º da *Lei n. 12.016/2009*.

Como se não fosse o bastante, o legislador, no art. 2-B da *Lei n. 9.494/1997*, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, veio, ainda, proibir a execução provisória contra Fazenda Pública, nos seguintes casos: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão de folha em pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento e extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada, após seu trânsito em julgado”.

Com isso, a vedação não se limita mais às liminares em cautelares e mandados de segurança, à antecipação provisória dos efeitos da tutela, ou à execução provisória nos casos citados nas leis anteriores. Proibida está a execução provisória também nas hipóteses elencadas no art. 2-B, da *Lei n. 9.494/97*, para servidores federais, estaduais ou municipais.

Por fim, o CPC-2015 acabou por dispor sobre a matéria. No seu art. 1059, previu que à tutela provisória, satisfativa ou cautelar, contra a Fazenda Pública, será aplicável o quanto estabelecido nos arts. 1º a 4º da *Lei n. 8.437/1992*, e no art. 7º, §2º, da *Lei n. 12.016/2009*.

Nestes termos, o CPC-2015, em que pese mantenha, substancialmente, o mesmo regramento em torno da matéria, simplificou e sintetizou formalmente o quadro de restrições legais à tutela provisória, cautelar ou satisfativa (liminar ou não), contra a Fazenda Pública, referindo-se às únicas leis limitativas que estão em vigor, afinal: *i*) as Leis n. 4.348/1964 e n. 5021/1966 foram explicitamente revogadas (pela *Lei n. 12.016/2009*, art. 29), embora seu conteúdo tenha sido preservado no art. 7º, §2º, da mesma *Lei n. 12.016/2009*; *ii*) e o art. 1º, da *Lei n. 9494/1997* acabou tornando-se desnecessário e foi implicitamente revogado, vez que o art. 1.059 do CPC-2015

172. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 46 ss. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, n. 11.4, p. 290.

fez constar a extensão de todas essas regras restritivas das cautelares e mandado de segurança às tutelas provisórias em geral contra a Fazenda Pública.

Diante disso, atualmente, fica proibida a tutela provisória contra o Poder Público que tenha como objeto:

a) “a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza” (art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009);

b) medida “que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação” (art. 1º, §3º, Lei n. 8.437/1992) – que, na pior das hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade (cf. art. 300, §3º, CPC), como já se disse; e, enfim,

c) a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal – ressalvados a ação popular e a ação civil pública (art. 1º, §§1º e 2º, Lei n. 8.437/1992).

6.2. Panorama doutrinário

A doutrina, desde a década de 1990, travou intensa discussão doutrinária sobre a possibilidade de se conceder tutela provisória contra a Fazenda Pública e a constitucionalidade da legislação respectiva.

Muitos se manifestaram a favor do seu *cabimento*. Voltavam-se contra a opção legal de vedar qualquer tutela provisória nos casos acima comentados. Seriam essas leis restritivas, diziam, inconstitucionais, seja por afrontarem o direito às tutelas preventivas e à proteção contra ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88), seja pelo fato de terem se originado, inicialmente, de medidas provisórias,¹⁷³ que não preenchiam os requisitos da urgência e da relevância¹⁷⁴.

Aqueles que defendiam o *não-cabimento* de providências provisórias contra a Fazenda Pública nos casos de lei arguíam que:

a) a *remessa necessária* (art. 496, CPC) seria um obstáculo à admissibilidade de tutela provisória contra a Fazenda Pública, pois se a sentença final contra a Fazenda só pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal (através da remessa necessária), uma decisão provisória, sobretudo a interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente. Ocorre que adotam, aí, uma argumentação que não se sustenta, por duas razões: i) *em primeiro lugar*, porque o duplo grau obrigatório só

173. CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. “A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 238.

174. BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*, 2001, p. 58.

se refere às sentenças e a tutela provisória é usualmente concedida por meio de decisão interlocutória;¹⁷⁵ e *ii) em segundo lugar*, porque sempre se admitiu a tutela provisória em face da Fazenda Pública, em situações esparsas (possessórias¹⁷⁶, mandado de segurança etc.), sem que se levantasse o óbice da remessa necessária – ao contrário, inúmeras foram as leis e inúmeros foram os institutos criados para mitigar as consequências das medidas provisórias nestas circunstâncias¹⁷⁷;

b) também o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, pela via dos *precatórios* (art. 100, CF), seria um óbice à antecipação provisória dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias. Mas isso se afirmou doutrinariamente, de modo precipitado, sem observar que: *i) nada impediria a decisão provisória que colocasse a parte vitoriosa na “fila de espera” para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantada em caso de procedência definitiva da demanda*¹⁷⁸; *ii) o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia; quanto às demais prestações (fazer, não-fazer e entregar coisa) não há qualquer diferença no formalismo processual*¹⁷⁹, no modo de execução – sendo possível antecipação, ainda, em demandas meramente declaratórias e constitutivas, cujos efeitos podem ser perfeitamente antecipados em caráter provisório.

175. É o que também lembra Talamini, acrescentando que nem mesmo quando a tutela provisória é concedida no bojo da sentença, submete-se a efeito suspensivo de eventual apelação (art. 1012, §1.º, V, CPC), o que ratifica que sua eficácia não resta condicionada a reexame necessário (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 43). O próprio STJ já assentou que não cabe reexame necessário quando a apelação é despida de efeito suspensivo, a exemplo da apelação contra sentença que rejeita embargos na execução contra a Fazenda (como se vê no REsp n. 243.679-RS e no EDiv no REsp n. 241.876-SC).

176. Vide art. 562, parágrafo único, do CPC.

177. Como pontua Marcelo Annunziata, admitindo-se que a remessa necessária impede a tutela provisória, o que se admite apenas a título de argumentação, “uma vez que posterga a eficácia da sentença proferida à sua confirmação pelo tribunal, chegaremos à conclusão de que, em qualquer ação movida entre particulares, cuja sentença esteja sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo, também e pela mesma razão não poderá ser concedida tutela antecipada” “Tutela Antecipatória nas Ações Movidas contra o Poder Público, inclusive em Matéria Tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39. Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, cit., p. 136-137. Com esse entendimento, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 194.

178. Cássio Scarpinella Bueno enumera mais dois argumentos: a) inexistência de qualquer dano para a Fazenda Pública, na mera instrumentação da execução; b) a incrivelmente lenta execução contra o Estado, a servir como verdadeiro obstáculo para a concretização do acesso à justiça (“Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)”. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 37-100). De mais disso, em obra posterior, acrescenta: i) “se a tutela antecipada significa emprestar efeitos antes do tempo, pode ser que alguém já fique satisfeito em ver o precatório expedido antes do tempo”; ii) “para aqueles casos de urgência ‘urgentíssima’, o tempo inerente ao processamento do precatório não pode ser óbice à antecipação de tutela propriamente dita, mas, muito diferentemente, será uma forma de modificação dos meios de concretização da medida em desfavor da Fazenda. Ademais, o mandado de segurança e sua liminar sempre lidaram muito bem com essa situação. E nunca se cogitou de precatório para que ordem de pagamento em mandado de segurança, liminar ou final, fosse concretizada” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 137)

179. Também assim, TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 45; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 137.

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios. É o caso das dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF/88), dos créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (§ 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009)¹⁸⁰, e das dívidas contratuais (só há contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação) ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais.

Se o sistema de precatório é uma técnica criada para que o Poder Público programe-se para adimplir uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios¹⁸¹.

c) a *Lei 8.437/1992, art. 1º, §3º*, ao vedar o cabimento das liminares que esgotem “no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”, estaria por *proibir medidas de urgência satisfativas* (as chamadas “cautelares satisfativas”) contra a Fazenda, e vedando, pois, a própria tutela provisória. Trata-se, contudo, de interpretação equivocada, pois a medida satisfativa só esgota o objeto da ação se for irreversível e definitiva, o que, de regra, não ocorre quando é provisória, não restando proibida, pois, por esse dispositivo;

d) a *presunção de legitimidade* do ato administrativo e sua auto-executoriedade seriam obstáculo à concessão de medida provisória contra a Fazenda – argumento que cai por terra, quando se percebe que essa presunção não é absoluta e deve ceder ante a prova em sentido contrário¹⁸²;

e) não haveria que se falar em receio de dano em face do Poder Público, pois o Estado *sempre poderá arcar com os débitos* decorrentes de condenação em juízo, sendo desnecessária a tutela provisória – colocação esta sem fundamento porque nem sempre o Estado será demandado por direito patrimonial, relativo a prestação de pagar quantia certa, isso sem falar nos casos em que o direito patrimonial é conexo a um outro extrapatrimonial¹⁸³; e, enfim, afirma-se

180. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 195.

181. Sobre o tema, ver interessantíssimo ensaio: MEIRELES, Edilton. “Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95, p. 61-80.

182. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 99.

183. BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67 ss.

f) a *inviabilidade de tutela provisória de evidência punitiva*, pois dificilmente os procuradores do Estado, em sentido amplo, incorrem em abusos e deslealdades processuais, já que têm suas atividades norteadas pelas máximas da moralidade e legalidade, bem como pelos deveres da veracidade e probidade.

Não é bem assim. Basta cogitar a interposição de recursos contrários à súmula do tribunal superior. Pensar o contrário seria anuir com abusos e excessos cometidos pela Fazenda em juízo, protelando a finalização do processo.¹⁸⁴ Nesse sentido, o enunciado n. 34 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis firmou entendimento de que: “Considera-se abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento”.

E nenhum outro argumento dificilmente vingará, pois, como pontua Eduardo Talamini, não existem óbices sistemáticos, inerentes às normas fundamentais que compõem o regime de direito público, à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública. Autorizam-na os mesmos fundamentos invocados para qualquer outra situação. “Os mesmos pressupostos, riscos e limites gerais podem igualmente estar presentes”.¹⁸⁵

Desde sempre os argumentos apresentados por aqueles que a proibiam se mostravam um tanto equivocados – muito possivelmente pela dificuldade de extremar os diferentes tipos de tutela provisória de urgência (satisfativa e cautelar) e de observar que o ordenamento já previa, em face do Poder Público, a possibilidade de tutela provisória, como servem de exemplo as decisões em mandado de segurança e ação civil pública.

Embora a polêmica sobre a admissibilidade da tutela provisória contra o Poder Público conserve alguma relevância histórica, nos últimos anos, ela perdeu a importância.

Parece não haver mais discussão sobre a *possibilidade* de tutela provisória em face do Poder Público, até mesmo porque existe lei que a disciplina. Se a lei veio regulá-la é porque é possível. Só não o será nas hipóteses nela mesma previstas¹⁸⁶ e que devem ser compreendidas à luz da interpretação que lhes é dada pelos nossos tribunais.

184. Talamini relembra que, no caso de tutela antecipada punitiva, também há choque de valores – ainda que não tão relevantes –, razão por que sua aplicação à esfera pública demanda ponderação com base no princípio da proporcionalidade, tal como em todas as outras situações doravante analisadas – conclusão a que chegamos ao fim deste capítulo (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 59).

185. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 43.

186. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, n. 11.2, p. 283.

6.3. Panorama jurisprudencial

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 4, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9494/97¹⁸⁷, por maioria de votos, em 02.10.2008 – em reprodução ao entendimento esposado na ADI n. 223-6/DF.

Isso permite concluir que esse reconhecimento de constitucionalidade se estende a toda legislação atual sobre o tema acima exposta, cujo conteúdo continua o mesmo.

Mas isso não tem impedido que a Corte Suprema mitigue, paulatinamente, as limitações às medidas provisórias de urgência contra o Poder Público.

Até porque essa restrição à tutela provisória cinge-se, em regra, às pretensões pecuniárias de servidores públicos –fora as hipóteses do arts. 1º, §1.º 3.º, Lei n. 8.437/1992. Todas as outras pretensões não abrangidas pela vedação legal (contida no art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009 e no art. 1059, do CPC) podem ter seus efeitos provisoriamente antecipados¹⁸⁸.

O STF, frequentemente, tem salientado que essas vedações devem ser *interpretadas restritivamente* – colocando fora da vedação verbas previdenciárias (vide Rcl n. 902-4-SE e Rcl n. 1.603-SE e Súmula n. 729, STF) e verbas ilegítimamente tomadas do jurisdicionado, mas restituídas por medida provisória (cf. Rcl n. 2.726).¹⁸⁹⁻¹⁹⁰

Também tem sido comum o Supremo, em sede de reclamação constitucional para fazer valer a decisão da ADC n. 4, manter medidas provisórias dadas contra a Fazenda, por estarem *afinadas com a jurisprudência* da Corte (assim, AgRg na Rcl n.

187. Antes mesmo da conversão da MP 1.570/97 na Lei 9.494/1997, o STF já se tinha manifestado sobre a constitucionalidade da MP, na ADIN n. 1.576-1, indeferindo o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos restritivos da concessão de tutela antecipada (BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*, 2001, p. 59).

188. As restrições à tutela provisória contra o Poder Público não se aplicam, por exemplo, aos casos de tutela da evidência (art. 311, CPC). Nesse sentido, o enunciado n. 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As vedações à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública não se aplicam aos casos de tutela de evidência”. Assim, CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. “A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 238.

189. Nessa linha, já se admitiu tutela provisória para determinar o “restabelecimento de pagamento de parcelas indevidamente descontadas dos seus contracheques (incidência do Imposto de Renda sobre os valores recebidos a título de licenças-prêmio não gozadas)” (STJ, 2.ª T., AgRg no REsp n. 1196927/MA, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 02.08.2012, publicado no DJe 10.08.2012).

190. O Min. Luiz Fux, no STF, inadmitiu reclamação constitucional em que o Município de Cabo de Santo Agostinho (PE) questionava decisão antecipatória dos efeitos da tutela por meio da qual foi garantida a empresário indenização por danos morais e materiais decorrentes de inundação de imóvel comercial. Na oportunidade, o Ministro esclareceu que a decisão tida como paradigma (ADC n. 4) tratava de pretensões pecuniárias de servidores públicos, não abrangendo, conseqüentemente, o caso discutido na reclamação acima referida, em que o empresário pretendia receber indenização por danos morais e materiais decorrentes de inundação causada por obras executadas pelo Poder Público (STF, Rcl n. 16399, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.09.2013, publicado no DJe de 01.10.2013).

1.067-8/RS, AgRg na Rcl n.1.132-RS, AgRg na Rcl n. 1.105-RS etc) – em que pese já ter considerado esse dado irrelevante em julgados posteriores (vide, Rcl n. 877-RJ, Rcl n. 2.726 e Rcl n. 4.981). Com isso, tem ratificado o entendimento esposado na ADI n. 223-6, de que a proibição de tutela provisória não é absoluta e pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto.

No Superior Tribunal de Justiça, as normas proibitivas da tutela provisória contra o Poder Público também têm sido afastadas em casos tidos por excepcionais, por envolverem especial urgência (REsp n. 109.473-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp n. 420.954-SC, dentre outros).

Todas essas idas e vindas do STF foram muito bem analisadas por Eduardo Talamini, que sintetiza as atuais tendências: “É perceptível, portanto, alguma indefinição do Supremo Tribunal em face das normas proibitivas de tutela urgente. Oscila-se entre a admissão geral a abstrata dessas proibições e a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto. E essa indefinição é agravada pelas significativas mudanças de composição por que passou o Supremo nos últimos anos (...)”.¹⁹¹

Na verdade, todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico. A título de exemplo, a já revogada Lei n. 5.021/1966, que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens através de segurança, tinha por fito restringir a discussão sobre a reforma administrativa existente à época. A Lei n. 9.494/1997 que veio para disciplinar a antecipação provisória de tutela contra o Poder Público decorreu de um debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares¹⁹²

De fato, inúmeros são os dispositivos normativos que limitam a concessão das medidas provisórias e de urgência contra o Poder Público – desde a vetusta liminar reintegração de posse (art. 562, parágrafo único, CPC), passando pelo mandado de segurança e cautelares, sempre se protegeram os entes públicos contra a concessão de tutelas provisórias. Muito já se discutiu sobre a sua constitucionalidade, consolidando, até então, o Supremo Tribunal Federal¹⁹³ o entendimento pela sua adequação constitucional.

Mas a visão esposada pela Corte Suprema em julgado pretérito (ADI n. 223-6/DF) é valiosa e tem refletido ainda hoje em seus posicionamentos.¹⁹⁴

191. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 55.

192. Sobre o tema, encontra-se bom apanhado na obra de Renato Benucci (BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49).

193. ADIN n. 223-DF, liminar, pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 05.04.1990, RTJ 132/572.

194. Com mais argumentos, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2013, n. 10.3, p. 261-262.

O plenário do STF, na década de 1990, durante o julgamento do ADI n. 223-6 MC/DF, enfrentou questionamento em torno da constitucionalidade da lei que impedisse a concessão de provimentos liminares, em qualquer hipótese, contra o Poder Público.

Naquela ocasião se discutia a possibilidade de concessão de provimento liminar em medida cautelar proposta por partido político. O objetivo era suspender a eficácia da Medida Provisória n. 173/1990, que vedava o deferimento de liminar em mandado de segurança e em ações cautelares ou ordinárias que versassem sobre matérias previstas em outras Medidas Provisórias, ali identificadas, impedindo, com isso, a execução da decisão judicial antes do seu trânsito em julgado.

Firmou-se o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos legais que ainda hoje limitam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público – de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implantá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que, no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade¹⁹⁵.

Reconhece a Corte Suprema que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-la. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances.

Sem dúvidas, trata-se de uma decisão paradigmática para a comunidade jurídica brasileira¹⁹⁶.

6.4. Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC n. 30/2001 e n. 62/2009)

Viu-se que é possível tutela provisória fora das vedações legais, como aquelas referentes a pretensões pecuniárias que não correspondam à remuneração de servidores públicos – a exemplo do pagamento de prestadores de serviços ou de benefícios previdenciários, a repetição de indébitos tributários etc.

Sucedo que a *EC n. 62/2009* conferiu nova redação ao *art. 100, §5º, CF* – antes já constante no texto do *art. 100, §1.º*¹⁹⁷, então inserido por força da *EC n. 30/2001* –,

195. Nesse sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, p. 139.

196. Oscar Vilhena Vieira selecionou esse julgamento no rol dos mais importantes já proferidos pelo STF em matéria de direito fundamental (no caso, o devido processo legal): VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 492-510.

197. "§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais,

vinculando a expedição de precatório ao trânsito em julgado da decisão judicial, nos seguintes termos: “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de *sentenças transitadas em julgado*, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

Diante dessa exigência, questiona-se se seria possível a antecipação provisória dos efeitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, vez que é, no mais das vezes, decisão interlocutória, dada com cognição sumária e inapta a fazer coisa julgada.

Decerto que sim, pois a emenda constitucional é inconstitucional.

Isso porque essa imposição de formação de coisa julgada foi inserida por emenda constitucional que afronta, diretamente, o direito fundamental à tutela preventiva (contra ameaça de lesão a direito) e efetiva – este último, corolário que é do devido processo legal, do direito a um processo sem dilações indevidas e do próprio direito de acesso à justiça –, bem como o direito à igualdade. Afronta normas fundamentais, constitucionais, pretéritas e impositivas¹⁹⁸.

Ainda que se repute a dita emenda conforme com a Constituição, há outro argumento: trânsito em julgado não se confunde com *coisa julgada*, sendo antes um pressuposto dela. *Trânsito em julgado* é preclusão, irrecorribilidade. Uma decisão que determina a tutela provisória pode tornar-se indiscutível, no mesmo processo, pelo trânsito em julgado. Assim, cumpre-se a exigência constitucional com o trânsito em julgado da decisão que antecipou provisoriamente os efeitos da tutela.¹⁹⁹

Cássio Scarpinella Bueno ainda traz outro fundamento: “é que não há problema nenhum em atrelar o pagamento ao trânsito em julgado, justamente porque é de tutela antecipada que se está a tratar aqui. Nos casos em que não há necessidade de antecipação da tutela, aguarda-se o trânsito em julgado; em outras situações em que há

apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.”

198. Assim, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 141.

199. Relembre-se, ainda, que o § 5º do art. 100 da Constituição Federal, ao condicionar a expedição de precatório ao prévio trânsito em julgado, não impede que já se conceda a tutela provisória (que desencadeia execução provisória) para adiantar os atos executivos que antecedem a expedição do precatório. Assim, na pior das hipóteses – que não é, como já expusemos, a mais adequada – a tutela provisória permite que já se adiante o processamento da demanda executiva, ainda que só pudesse haver a expedição de precatório após o prévio trânsito em julgado. É a interpretação que reputa adequada CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, 5 ed., cit., p. 273. Talamini menciona essa possibilidade, admitindo que se chegue até o depósito da quantia devida em juízo, mas ressalva que “em casos em que a situação de urgência exige mais do que isso, cumpre ponderar concretamente os valores fundamentais envolvidos. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade (...)” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 44).

urgência (...), antecipa-se a tutela, não obstante o texto da Constituição. Se antecipar é ‘efetivar’ antes do tempo, que seja antes do trânsito em julgado”²⁰⁰.

E mais. O próprio STJ tem admitido o cumprimento de tutela provisória de urgência contra a Fazenda para o pagamento de quantia – seja ou não de pequeno valor –, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência.

É o que se vê no julgamento do REsp n. 834.678-PR²⁰¹, que impõe pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório pelo município, para custeio de despesas médicas e terapêuticas de menor, acometido de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posto de saúde do município demandado.

Em 14 de abril de 2008, o STF deu provimento a agravo interno (STA 223 AgR/PE), para manter decisão provisória do tribunal de origem, contra a Fazenda Pública, que determinou que Estado de Pernambuco pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM em benefício do autor, então tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, para que lhe seja imediatamente devolvida a capacidade de respirar independentemente de respirador mecânico.

Reconheceu-se que entre o interesse secundário do Estado (público-financeiro) e o interesse fundamental da preservação de vida e saúde do autor agravante, deve Judiciário fazer prevalecer o segundo. Concluiu-se que é imperiosa a realização do direito do agravante de desvincular-se do respirador artificial que o prende no estabelecimento hospitalar, depois de já ter passado meses em coma. Deve-se tutelar o seu direito à busca da felicidade, corolário da dignidade da pessoa humana²⁰².

6.5. Tutela provisória para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público

Não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela provisória para obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório.

200. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 142.

201. Informativo do STJ n. 0325 de junho de 2007.

202. Foi vencida a Ministra Ellen Gracie, sob o argumento de que a decisão que impõe o imediato pagamento do valor necessário para intervenção cirúrgica teria violado o art. 100, da Constituição, e o art. 2º-B da Lei 9.494/97, que prevêem a proibição de execução provisória contra o Poder Público. Menciona, ainda, a existência de grave lesão à ordem pública, pois foi determinada a realização de cirurgia cara e não prevista no Sistema Único de Saúde, sem que sequer se tenha apurado a possibilidade de implementá-la STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.069.810/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 23.10.2013, publicado no DJe de 06.11.2013 administrativo ou a avaliação de médico credenciado.

Há, porém, algumas situações dignas de nota.

Não é possível a concessão de tutela provisória em ação possessória (que muitas vezes objetivam a entrega de uma coisa) contra o Poder Público sem a sua prévia oitiva (art. 562, p. único, CPC).

O art. 1º da Lei n. 2.770/1956 veda a concessão de tutela provisória, em qualquer situação, nas ações que se referem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. O art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009, c/c art. 1059, CPC, também o fazem, vedando tutela provisória para determinar a “entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior”. Trata-se de restrição descabida, porque simplesmente elimina a possibilidade de tutela provisória de urgência contra o Poder Público, sendo escancaradamente inconstitucional, por malferir o devido processo legal substancial e o direito de acesso à tutela efetiva. Talamini tenta proceder à adequação do texto à máxima da proporcionalidade, para defender que não passa “da reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...) em casos como esse (...) haverá necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei”.²⁰³

No âmbito da imposição provisória de obrigações genéricas de fazer, não fazer e dar coisa ao Poder Público, algumas das poucas limitações que, possivelmente, poderiam atingi-las, seriam:

a) a que veda, amplamente, a concessão de providência de urgência, no primeiro grau, quando está sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1º, §1º, Lei n. 8.437/1992)²⁰⁴ – ressalvada a ação popular e a ação civil pública;

b) e a que proíbe liminar (cautelar ou antecipada) que esgote o “objeto da ação” (art. 1º, §3º, Lei n. 8.437/1992, e art. 1059, CPC) – que, na pior das hipóteses, é repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade, como já se disse²⁰⁵.

A par disso, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de admitir a tutela provisória contra o Poder Público, para determinar a *entrega de remédio* a idoso ou portador do vírus da AIDS, por exemplo, inclusive com a determinação de bloqueio de verbas para garantir a efetividade do julgado (aplicação do art. 536, *caput*, do CPC)²⁰⁶. Também é admitida a tutela provisória para salvaguardar a realização de

203. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

204. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

205. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

206. Assim, STJ, 1ª Seção, REsp n. 1.069.810/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 23.10.2013, publicado no DJe de 06.11.2013. Importante julgado nesse sentido consta no STJ, 1.ª T. REsp n. 746.781/RS, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. em 18.04.2006, publicado no DJe de 22.05.2006.

medidas médicas urgentes, que assegurem o tratamento necessário à sobrevivência do indivíduo²⁰⁷. Há precedente do STJ reconhecendo, ainda, a possibilidade de concessão da tutela provisória para determinar a *reintegração de servidor público*²⁰⁸.

Já no STF, encontra-se precedente admitindo tutela provisória contra a Fazenda para deferir a *nomeação e posse de candidato* em cargo público.²⁰⁹

Em ambos os casos, mais uma vez, há atos normativos inquinados por vício de inconstitucionalidade, porquanto suprimam, desarrazoadamente, a possibilidade de obtenção de tutela de urgência em face do Estado, privando o jurisdicionado do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

6.6. Tutela provisória contra o Poder Público em matéria tributária

O art. 1º, §5º, da Lei n. 8.437/1992²¹⁰, acrescentado pela MP 2.180-35/2001 – mantido em caráter permanente em nosso sistema, em razão da EC n. 32/2001 –, o art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/2009²¹¹, e o art. 1059, CPC, todos no mesmo sentido do n. 212 da súmula do STJ, vedam a tutela provisória nas ações que visem certificação de compensação tributária (e previdenciária).

Mas nossos doutrinadores fazem ressalvas a esse dispositivo – bem como ao entendimento sumulado.

Diz-se que a vedação ali contida determina, tão somente, que não cabe ao juiz *liminarmente* compensar o tributo e decretar a extinção do débito. Cabe a ele delimitar os critérios a serem seguidos pelo contribuinte e pelo fisco para, se quiserem, por sua conta e risco, promoverem a compensação – mas, ainda assim, o débito não fica extinto, o que só é possível com decisão transitada em julgado²¹².

Demais disso, a Lei Complementar n. 104/2001 inseriu no CTN o art. 170-A, que proíbe a compensação antes do trânsito em julgado da decisão e, portanto, através de decisão que antecipe provisoriamente os efeitos da tutela. A doutrina confere a esse dispositivo de lei interpretação semelhante: o que se proíbe é, tão somente,

207. STJ, 2.ª T., REsp n. 109473/RS, rel. Min. Helio Mosimann, j. em 23.03.1999, publicado no DPJ de 06.09.1999; STJ, 1.ª T., REsp n. 275649/SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 07.08.2001, publicado no DPJ de 17.09.2001.

208. STJ, 2.ª T., Resp n. 418.258, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10.12.2013, publicado no DPJ de 18.3.2014.

209. STF, Pleno, Rcl n. 7212, rel. Min. Ayres Britto, j. em 02.06.2010, publicado no DPJ de 30.06.2010.

210. “§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários”.

A constitucionalidade do art. 1º, §5º, da Lei n. 8.437/1992, inclusive, foi reconhecida pelo STF, na ADI n. 2.251, mas esse processo acabou sendo extinto sem exame do mérito, em razão da perda de objeto.

211. “Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários (...)”.

212. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 140.

a extinção do tributo antes do trânsito em julgado e, não, sua compensação (em razão do art. 156, X, CTN).²¹³

Mas a discussão não fica por aí.

Questiona-se, outrossim, a possibilidade de tutela provisória para suspender a exigibilidade de crédito tributário. Isso porque o art. 151, IV, CTN, só aventava essa possibilidade (de liminar), expressamente, em sede de mandado de segurança.

Com o advento da Lei Complementar n. 104/2001, que introduziu o inciso V no art. 151 do CTN, cessou-se o debate: *permite-se expressamente* (regra bem interessante, portanto) a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em outras espécies de ação judicial.

Independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas, deve-se frisar que não é possível conceder provisoriamente providência que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des)constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito.²¹⁴

213. Segundo esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o Superior Tribunal de Justiça vem, contudo, entendendo não ser possível a concessão de provimentos de urgência para impor ou autorizar a compensação de créditos tributários e previdenciários, mesmo quando o lançamento se dê por homologação (*A Fazenda Pública em juízo*, 5 ed., cit., n. 10.4, p. 208-209).

214. Nessa mesma linha de entendimento, TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 48 e 49.

Bibliografia

- AARNIO, Aulis. "The procedure of legal reasoning". *Essays on the doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer.
- _____. *The rational as reasonable - a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. trad. da 1 ed. brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977, v. 4.
- AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de lãs cargas probatórias dinâmicas*. In: "Cargas Probatórias Dinâmicas". PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria da Argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.; revisão técnica da tradução e introdução a edição brasileira, Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.
- ALMEIDA, Cândido Mendes. *Anotações às Ordenações Filipinas - Liv. IV e V*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s/a.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011.
- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960
- 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.
- ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *A parte geral do projeto do Código Civil*. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numerog/artigo1.htm>, consultado em 24.11.2002.
- ALVES, Maristela da Silva. "Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil". In: *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional*. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2006.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, v. 2.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle Prove Civili*. Milano: Giuffrè, 2008.
- ANNUNZIATA, Marcelo. "Tutela Antecipatória nas Ações Movidas contra o Poder Público, inclusive em Matéria Tributária". *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. "Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia". *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

- _____. “Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal”. *Estudos em homenagem a Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- _____. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/a, v. 4, t. 1.
- _____. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2.
- _____. “Preclusão”. *Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- _____. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.
- ARAGÃO, Paulo Cezar. “Reflexões sobre as sentenças determinativas”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1976, abril-junho, n. 2.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A resolução parcial de mérito e a coisa julgada progressiva: reflexos no sistema processual como forma de assegurar a brevidade da prestação jurisdicional*. Tese de doutoramento. Belém: Universidade Federal do Pará, 2006.
- _____. *Coisa julgada progressiva e resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011.
- ARAZI, Roland. *Los Principios Procesales e la Prueba*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996.
- ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1996, n. 3.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- AROCA, Juan Montero. *La prueba en el Proceso Civil*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002.
- _____. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2.
- _____. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1.
- _____. “Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002”. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. “Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- ASSIS, Araken de. “Breve contribuição ao estudo da coisa julgada”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1989, n. 46.
- _____. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.
- _____. “Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Eficácia civil da sentença penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. “Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

- _____. “Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. “Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- ATÁÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. “Uma análise das relações jurídicas continuadas à luz da Teoria do Fato Jurídico”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- _____. “O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229.
- _____. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012
- ATÁÍDE, Jr., Vicente de Paula. “Em busca da oralidade perdida: radicalizando a inspeção judicial”. *Curso modular de Direito Processual Civil*. Tadaaqui Hirose e Maria Helena Rau de Souza (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.
- ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Rede-Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan-fev-mar de 2009.
- _____. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- _____. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- _____. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.
- _____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BAGGIO, Lucas Pereira. “O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência”. In: Danilo Knijnik. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. 8 ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935.
- BARBERIO, Sérgio José. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004.
- BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. “Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz”. *Prova Cível*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1992.
- _____. “Cumprimento da sentença: primeiras impressões sobre a alteração da execução de títulos judiciais”. *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Antecipação de tutela ou resolução parcial do mérito?* Dissertação de mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006.
- BECCHI, Paulo. Enunciati, significati e norme. Argomenti per una critica dell’ideologia neoscettica. *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica*. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (org). G. Torino: Giappichelli Editore, 2000. Disponível em: <http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_1999/becchi.pdf>. Acesso em 24 abr 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- _____. “Juiz, processo e justiça”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- BENEDUZI, Renato Resende. “*Prozessurteile e materielle Rechtskraft*: sentenças terminativas e coisa julgada material no processo alemão”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 229, p. 364.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 1.
- BEUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. Coimbra: Edições 70, 2009.
- BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência*. São Paulo: RT, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. Bauru: EDIPRO, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.
- BOURGUIGNON, Alvaro. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1999.
- BRAGA, Paula Sarno. “O inciso V do art. 14 do CPC e a Estipulação de um Novo Dever de Lealdade, que visa assegurar, em Última Análise, a Efetividade dos Provimentos Mandamentais e de Outros Provimentos Judiciais, Antecipatórios e Finais”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 19.
- _____. “O parágrafo único do art. 14 do CPC e a Multa Punitiva Imputada aos Infratores do Dever Processual Previsto no inciso V: um Contempt of Court à Brasileira”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Revista Dialética, 2004, n 17.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. “Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: prova testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada”. In: Danilo Knijnik. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)”. *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CABRAL, Antonio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 221.
- _____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- _____. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.
- _____. “Da sentença ao conteúdo mandamental: proposta de sistematização do regime jurídico para as ordens judiciais”. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Dos alimentos*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.
- CALAMANDREI, Piero. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1.
- _____. *Direito processual civil*. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery (trad.). Campinas: Book-seller, 1999.
- _____. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5.
- _____. “La sentenza soggettivamente complessa”. *Opere Giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano, 1965, v. 1.
- CALEFFI, Patrícia. *A resolução parcial do mérito: análise crítica do § 6º do art. 273 do CPC*. Monografia apresentada para a conclusão do curso de graduação em Direito da UFBA. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31.
- _____. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1.
- _____. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1.
- _____. “Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. “Omissão judicial na fixação de honorários advocatícios”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001.
- _____; NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003.

- _____. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”. LUIZ, Fux; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson. (Coords). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, v. 2.
- _____. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. “A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.
- 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.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. “Ação Rescisória, Biênio Decadencial e Recurso Parcial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 88.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. *As Misérias do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Conan, 1995.
- _____. “La sentencia condicional”. *Estudios de derecho procesal*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952, v. 2.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 2000, v. 3.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Santis Melendo. V. I. Buenos Aires, EJEA, 1973.
- CARPES, Artur Thompsen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: *Prova Judiciária*. Estudos sobre o novo Direito Probatório. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.
- CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas no Anteprojeto de Código Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: s/e, 1974.

- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 10.
- CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. 2 ed. Campinas: Servanda, 2000.
- CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. “A possibilidade de concessão de tutela da evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil: sobre acreditar ou não no acesso à justiça”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 238.
- CAVERO, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Communitas, 2009, n. 14.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. “A antecipação dos efeitos da tutela judicial nos embargos à execução”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: s/e, 1999, v. 6.
- CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – metodi d’interpretazione e tecniche argomentative*. Giuffrè: Milano, 1999.
- CHICUTA, Kioitsi. “Ata notarial e sua utilização como prova judiciária”. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa Juzgada y preclusión”. Santiago Sentís Melendo (trad.). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 3.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2.
- _____. *Principii de Diritto Processuale Civile*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965.
- _____. “La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia della legge processuale nel tempo”. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*. V. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4.
- _____. “Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. V. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.defensoria.pa.gov.br/documents/novoconst.PA.2.doc>>. Acesso em 30 mai de 2007.
- COLESANTI, Vittorio. Eccezione (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2ª ed. Torino: UTET, 2004
- _____. FERRI, Corrado, TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, t. 1.
- COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Kofino editor, 1947, v. 2.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca; “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada – reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 191.
- _____. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- _____. “Tutela de evidência no Projeto de novo CPC – uma análise de seus pressupostos”. *O futuro do Processo Civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC*. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- COSTA, Marília Siqueira da. “As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de overruling: uma análise à luz do art. 521 do novo CPC”. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre et al. v.3. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.
- COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.
- _____. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.
- COUTO E SILVA, Almiro do. “Poder discricionário no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1990, n. 179/180.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *A Presunção em Matéria Civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. 4ª ed. Clarendon Press: Oxford, 1991.
- CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4 ed. Oxford: Clarendon, 2004.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?” *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 1.
- _____. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- _____. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.
- _____. “Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil)”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 219.
- DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788.
- DAMA KA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DELGADO, José Augusto. “Aspectos controvertidos da substituição processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47.
- _____. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 103.
- _____. “‘Flashes’ sul accertamento e condanna”. *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM, 1985.
- DELGADO, José Augusto. “Aspectos controvertidos da substituição processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47.
- DENTI, Vitorio. “L’eccezione nel processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, ano XV.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003.

- DIAS, Maria Berenice. "Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material". *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 01.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. "Cláusulas gerais processuais". *Revista de Processo*, São Paulo, n. 187, 2010.
- _____. "Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, v. 223.
- _____. *Sobre a Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- _____. (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____; BOMFIM, Daniela. "Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 211.
- _____; BOMFIM, Daniela. "Processo administrativo tributário. Prova por amostragem e distribuição dinâmica do ônus da prova". *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Forum, 2012, v. 81.
- _____; BRAGA, Paula Sarno. "Carta psicografada como fonte de prova no processo civil". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 234. Também publicado em *Liberdade religiosa no Estado Democrático de Direito – questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas*. (coorg. Rafael José Nadim de Lazari; Renato Bernardi; Bruno Blanco Leal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- _____; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)", in *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3.
- _____; JORGE, Flávio Cheim. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____; MAZZEI, Rodrigo Reis. *Prova, exame médico e presunção – o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____; MACÊDO, Lucas Buriel. Reforma no processo trabalhista brasileiro em direção aos precedentes obrigatórios: a Lei n. 13.015/2014. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo: Lex Editora, 2014, v. 80, n. 4.
- _____; MACÊDO, Lucas Buriel. "Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação n. 4.374/PE". *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 110, 2015.
- _____; ZANETI Jr., Hermes. "O mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009". In: Eduardo Arruda Alvim; Glauco Gumerato Ramos; Gustavo de Medeiros Melo; José Henrique Mouta Araújo (Org.). *O Novo Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 4.
- DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Ação rescisória contra decisão interlocutória". *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.
- _____. *Capítulos de sentença*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- _____. *Os gêneros do processo e o objeto da causa*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 1996, v. 2.
- _____. “Relativizar a coisa julgada material”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 109.
- _____. “Electa una via non datur regressus ad alteram”. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, t. 2.
- _____. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009.
- DONOSO, Denis. “A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51.
- DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.
- _____. “O direito à prova e a busca da verdade material” In: Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Método, 2009.
- DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Havard university press, 2008.
- DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981, t. 1.
- _____. *Teoria general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981, t. 2.
- EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. London: Harvard University Press, 1998.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. J. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- 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.
- ENRIQUES, Enzo. *La sentenza come fatto giuridico*. Padova: CEDAM, 1937.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do processo do Estado da Bahia anotado*. Salvador: Romualdo dos Santos Livreiro Editor, 1916, v. 1.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1991.
- _____. “Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376.
- _____. “Réu revel não citado, querela nullitatis e ação rescisória”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 8, t. 3.

- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. “Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. “O Ministério Público interveniente (custos legis) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo”. *Revista de direito processual civil* Curitiba: Gênese, 2003, n. 30, p. 728-741.
- FARNSWORTH, Edward Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- FENOCHIETTO, Carlos Eduardo. “El juez frente a la prueba”. *La prueba: libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo*. Augusto M. Morello (coord.). La Plata: Librería Editora Platense S.R.L., 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007.
- _____. Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- _____. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FERREIRA, William Santos. *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014.
- FIDÉLIS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. “Ata notarial e novas tecnologias”. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- FRANCO, Mariulza. “Máximas de Experiência: Legitimação pela Fundamentação”. In: Luiz Guilherme Marinoni (coord). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Anotações às Primeiras Linhas sobre o Processo Civil de Joaquim José Caetano Pereira e Souza*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro Editor, 1907.
- FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Tutela antecipada e locações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GABBA, C. F. *Teoria della Retroattività delle leggi*. 2 ed. V. 4. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1889.
- GARNELO, Jesús Martínez. *La Prueba Indiciaria Presuncional o Circunstancial en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. Ciudad de México: Porrúa, 2010.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GIANNICO, Maurício. *A Preclusão do Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GIANNETTI, Eduardo. *O valor do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- GIDI, Antonio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 13.
- _____. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 03.
- _____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. “Litispendência em acciones colectivas”. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos – hacia um Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.). Cidade do México: Porrúa, 2003.
- _____; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. “Limites objetivos da coisa julgada no Projeto de Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 194.
- GIULIANI, Alessandro. “L’ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)”. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: CEDAM, 1998, v. 43.
- GIUSSANI, Andrea. “Autonomia privada e presupposti processuali: note per un inventario”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 211.
- GODINHO, Robson Renault. “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. *Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.
- _____. “Notas sobre a litispendência no processo coletivo”. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Rodrigo Mazzei, Teresa Arruda Alvim Wambier e Thereza Alvim (coord.). São Paulo: RT, 2008.
- _____. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 235.
- GÓES, Gisele. “O art. 232 do CC e a súmula 301 do STJ – presunção legal ou judicial ou ficção legal?”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005.
- GOMES, Danilo Heber. *Ato processual (in)existente*. Curitiba: Juruá, 2013.
- GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.
- GONÇALVES, Graziela Marisa. “As sentenças determinativas e o juiz”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 14, t. 1.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

- GOODHART, Arthur. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), p. 161-183.
- GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; ARAÚJO, Raquel Silva. “Por uma noção de execução forçada: pequenas provocações aos defensores da executividade da “execução” indireta”. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.) *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- _____; PEREIRA, Mateus Costa. “Ação Material e Tutela Cautelar”. *Teoria Quinária da Ação: Estudos em Homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu Falecimento*. COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Leonardo. “A defesa na execução imediata”. *Execução civil – estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Fredie Didier Jr. (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10.
- _____. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2.
- _____. *Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. “A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: s/ed, 2014, n. 14. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 02 jan 2015.
- _____. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- _____. *Direito Processual Civil brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.
- _____. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ações concorrentes – Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato”. In LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- _____. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.
- _____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

- HEINEMANN FILHO, André Nicolau. “A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2009, n. 37.
- JOLOWICZ, J. A. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973.
- _____. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- JURATOWITCH, Ben. The temporal effects of judgments in the United Kingdom. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- JEZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Edición de Palma, 1949, t. 2.
- JUSTEN FILHO, Marçal; TALAMINI, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann. “Sobre a hipoteca judiciária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 85.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KEMMERICH, Clóvis Juez. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- KIELMANOVICH, Jorge L. *Favor Probatione*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996.
- KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals*. *Fordham Law Review*, 1982.
- KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo civil*. V. VIII. Tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- LAGO JR., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001.
- LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: Conciliação, Saneamento, Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. *Las Presunciones Judiciales y los Indicios*. 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. D. Enrique Aguilera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1911, v. 4.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Objeto litigioso e direito superveniente no processo civil*. Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

- _____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. “Limites objetivos da coisa julgada”, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004.
- _____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. 2ª Ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. *Manuale di Diritto Processuale*. 3. ed. V. II. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974
- _____. Questioni vecchie e nuove in tema di qualificazione delle norme sulle prova. *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, v. 24, 1969.
- _____. Norme Processuali nel Codice Civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 3, parte 1, 1948.
- LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. “Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária”. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 2003, n. 19.
- _____. *Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.
- _____. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. “Breves considerações sobre o instituto da preclusão”. *Revista de Processo*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1981, n. 23.
- _____. “O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13.
- _____. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação”. *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.
- _____. GABBAY, Daniela Monteiro, ALVES, Rafael Francisco e ANDRADE, Tathyana Chaves de. “Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência)”. *Tutela coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Lucon (coord.). São Paulo: Atlas, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.
- _____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. “A sentença determinativa re-conhecida”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006.

- MACCORMICK, Neil. “Analítica (abordagem do direito)” *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Waldéa Barcellos (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. *Retórica e o Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- _____. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- _____. “O regime jurídico dos precedentes judiciais no projeto do novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 237.
- _____; PEIXOTO, Ravi Medeiros. “Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova”. *Revista de Processo*, no prelo.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado (artigo por artigo, parágrafo por parágrafo)*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. “Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Tutela antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- _____. *Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. “Tutela Jurisdicional na Repetição do Indébito Tributário”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *A correlação no processo civil: relações entre demanda e tutela jurisdicional*. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. “Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC”. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 2.
- MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, 2008, v. 74, n. 1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 2 ed. São Paulo: RT, 1996.
- _____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3 ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.
- MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/ane-xos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007.

- _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.
- _____. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2004.
- _____. *A antecipação da tutela*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed.
- _____. *A antecipação da tutela*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.
- _____. *A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.
- _____. *Antecipação de tutela*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.
- _____. “O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- _____. “O precedente na dimensão da segurança jurídica”. A força dos precedentes. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *Manual do processo de conhecimento*. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. 1.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. 2.
- _____. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARQUÊS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Lei de Introduccón al Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1.
- MARSHALL, Geoffrey. What is a biding precedent. In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.
- MARTINS, Samir José Caetano. *A prova Pericial Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139.
- _____. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *A prova do fato jurídico no Código Civil: subsídios para análise dos artigos 230, 231 e 232*. Monografia apresentada para a conclusão do curso de bacharelado em Direito na Universidade Salvador. Salvador, 2005.

- MATTOS, Luiz Norton Baptista de. “A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os anteprojetos do Código Brasileiro de Processos coletivos”. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.). São Paulo: RT, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. In: *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (org.). Salvador: Edições Jus Podivm, 2006.
- _____. “Algumas notas sobre o (‘dispensável’) art. 232 do CC”. In: Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- MEIRELES, Edilton. “Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95.
- MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1967, v. 1.
- _____. Existencia y delimitacion del Derecho Probatorio. In: *Estudios del Derecho Procesal*. T. I. Buenos Aires: EJE, 1967.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Segurança jurídica e mudança de jurisprudência”. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Teoria do Fato Jurídico – plano de Existência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004.
- MENEZES DE CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MENGONI, Luigi. “Spunti per una teoria delle clausole generali”. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1.
- MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, n. 103.
- 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.
- MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 4.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 5.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, t. II.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. IV.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V.
- _____. *Tratado da Ação Rescisória*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1.
- _____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 3.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 2.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 3.
- _____. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI.
- _____. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI.
- _____. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIV.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- _____. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, t. 2.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, t. 3.
- _____. “Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. “Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação”. *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- _____. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênesis, 2004, n. 31.
- MITIDIERO, Daniel. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 197.
- _____. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206.
- _____. *Antecipação da tutela*. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.
- _____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MONTEIRO, João. *Programma do Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Thyphographia Academica, 1936, v. II.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. *Temas de direito processual – 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. “A competência como questão preliminar e como questão de mérito”. In: *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de Direito Processual – 2ª série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7.
- _____. “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”. *Temas de Direito Processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “As Presunções e a Prova”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ do Novo Código Civil”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. “Coisa julgada e declaração”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. “Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispêndência. Ação de nulidade de patente”. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5.
- _____. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. *Temas de Direito processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. *Temas de Direito Processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. “Il Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano come fonte storica del diritto brasiliano”. *Temas de Direito Processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”. *Temas de direito processual – segunda série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. “Julgamento e ônus da Prova”. *Temas de Direito Processual Civil – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. “La negativa de la parte a someterse a una pericia medica (según el nuevo Código Civil Brasileño)”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. *Litiscônscórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- _____. “O juiz e a prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. “O Novo Código Civil e o direito processual”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- _____. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. “Provas atípicas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 76.
- _____. “Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, in *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Reconhecimento do pedido”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. “Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. *Temas de direito processual – 2ª série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. “Sentença executiva?”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2005.
- _____. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45.
- _____. “Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 104.
- _____. “O neoprivatismo no processo civil”. *Leituras complementares de Processo civil*. 7ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. “Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45.
- _____. “Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 35.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito processual penal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007
- MORELLO, Augusto M. *Nuestro Modelo Probatorio (En Lo Civil Y Comercial)*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile: della competenza; principi generali della procedura*. 2 ed. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II.
- MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro, artigo gentilmente cedido pelo autor via correio eletrônico.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.
- MOVELLÁN, Pedro Álvarez Sánchez de. *La Prueba por Presunciones: particular referencia a su aplicación en supuestos de responsabilidad extracontractual*. Granada: Comares, 2007.
- NARDELLI, Luis Fernando. *Inspecção Judicial*. São Paulo: Leud, 2007.

- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 35 ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.
- _____. “Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- _____; _____. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____; _____. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____; _____. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- _____. “Tutela Antecipada Sancionatória”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 43.
- _____. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo. Saraiva, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules. Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- _____. “A ‘desrazão’ sem diálogo com a ‘razão’: teses provocatórias sobre o STF”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, consultado em 17.02.2015.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-08.pdf. Acesso em: 11 dez de 2007.
- NONATO, Orosimbo. “Presunções e ficções de direito”. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Carvalho Santos (org.). Rio de Janeiro: Borsoi, s/d., v. 39.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. “Sentenças condicionais”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Roberto Campos Gouveia Filho e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos Continuidos de Teoria do Processo*. Rosemiro Pereira Leal (coord). Síntese: Porto Alegre, 2004, v. 4.
- _____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

- _____. BAHIA, Alexandre; THEODORO Jr., Humberto. "Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, n. 189.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Direito material, processo e tutela jurisdicional". *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Efetividade e tutela jurisdicional". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2004, n. 34.
- _____. "O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137.
- _____. "O problema da eficácia da sentença". *Polêmica sobre a ação - a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. "Problemas atuais da livre apreciação da prova". *Prova cível*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. "Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 84.
- _____. "Sentença constitutiva e volta ao estado anterior". *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - sessenta anos de existência*. Antonio Cachapuz de Medeiros (org.) Porto Alegre: IARGS, 1986.
- _____. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. "Poderes do juiz e visão cooperativa do processo". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 8, t. 2.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2.
- _____. "Efetividade e processo de conhecimento". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 96.
- _____. "Presunções e ficções no direito probatório". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 196.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente - análise das relações jurídicas de trato continuado*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Dissertação de Mestrado, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971.
- ORIANI, Renato. "Eccezione". *Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Turim: UTET, 1991, v. VII.
- PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: s/ed, 1973.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. 10.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.
- _____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às teorias processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PECZENIK, Aleksander. *Scientia juris – legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*. Dordrecht: Springer, 2005.
- _____. “Certainty or coherence”. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.
- _____. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009.
- PEIXOTO, Ravi de Medeiros. “A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. “A posição dos tribunais superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2013, n. 119.
- _____. “A ação rescisória e a problemática dos capítulos de sentença”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Org.). *Questões atuais sobre os meios de impugnação contra as decisões judiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. “Breves considerações sobre a resignificação da coisa julgada formal e a sua eficácia extraprocessual”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2014, n. 141.
- _____. *A modulação da eficácia temporal na revogação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de Mestrado. Recife: UFPE, 2015
- _____. Aspectos materiais e processuais da revogação de precedentes no direito brasileiro. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Maria Cristina De Cicco (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de Las Cargas Probatorias Dinámicas*. In: “Cargas Probatorias Dinámicas”. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1979.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix. The effect of judicial decision in time: comparative notes. POPELIER, Patricia; VERSTRAELEN, Sarah; VANHEULE, Dirk; VANLENBERGHE, Beatrix (eds.). *The effects of judicial decision in time*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6.
- POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro editor, 1906, t. 2.
- POZZA, Pedro Luiz. “Sistemas de apreciação da prova”. In: Danilo Knijnik (coord.). *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

- RAMOS, Glauco Gumerato. “Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- RAELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.
- REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. “Aspectos jurídicos do e-mail”. *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. “Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- ROCCO, Ugo. *Teoria General del Proceso Civil*. Tradução de Felipe de J. Terra. México: Porrúa, 1959.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.
- _____. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.
- _____. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2.
- _____. *Elementos de Direito Processual*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2.
- ROSELLI, Federico. “Clausole generale: l’uso giudiziario”. *Politica del diritto*. Bologna, n. 4, 1988.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.
- _____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ângela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2.
- ROSITO, Francisco. *Direito Probatório: As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoria dos Precedentes Judiciais - Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. “Antecipação da Tutela na Reforma do CPC (Lei nº 10.444/02)”. *Revista Dialética de Processo Civil*. São Paulo, 2004, n. 12.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.
- _____. *As reformas de 2006 do Código de Processo Civil – execução dos títulos extrajudiciais*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4.
- _____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.
- _____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1.
- _____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2.
- _____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3.

- _____. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 5.
- _____. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Ed Cultrix, s/d.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema de derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo V.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Beclaute Oliveira. “Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem”. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Eduardo Silva da. “Elementos da ação: sujeitos e causa”. *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Curso de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1.
- _____. *Curso de processo civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.
- _____. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, v 3.
- _____. “Direito material e processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2004, n. 33.
- _____. “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Processo cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Sentença e Coisa Julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. “Coisa Julgada Relativa”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.
- SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222.
- SILVA, Ricardo Alexandre da. *Dinamização do ônus da prova no Projeto do Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Fredie et ali (orgs). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- SMIT, H. "Constitutional guarantees in civil litigation in the United States of America". *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*. Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O mito da certeza e a ciência do direito*. Diário do Poder Judiciário do Estado da Bahia, de 15.12.2004.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001.
- SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.
- SOUZA, Wilson Alves de. "Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas". *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n. 6.
- _____. *Motivação da Sentença Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
- _____. "Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – Breves comentários à proposta do Poder Executivo de alteração do §1º do art. 273 do Código de Processo Civil". *A segunda etapa da reforma processual civil*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001.
- SPADONI, Joaquim Felipe. "Fungibilidade das tutelas de urgência". *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2 ed. Andrés de La Oliva Santos (trad.). Bogotá: Temis, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 10 jan 2015
- SUMMERS, Robert. S. Precedent in united States (New York State). In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.
- TABOSA, Fábio. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. "Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004.
- _____. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. Tutela de urgência e Fazenda Pública. *Revista de processo*. São Paulo, n. 152, ano 32, out. 2007.
- _____. Tutela de urgência no Projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a 'monitorização' do processo brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 209.
- _____. *Tutela Monitória*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: RT, 2006.
- TARUFFO, Michelle. *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Padova: CEDAM, 1979.

- _____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.
- _____. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- _____. “Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”. *Revista Iberoamericana de direito processual*. Buenos Aires: Ano IV, n. 10, 2007.
- _____. Precedente e jurisprudência, *Revista Forense*, v. 415, ano 18, jan-jun de 2012.
- _____. “Verità e probabilità nella prova dei fatti”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 154.
- _____. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.
- TAVARES Jr., Eraldo Ramos. “Juizados Especiais, precedente judicial e a importância do relatório: uma homenagem a esse desprestigiado elemento da sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222.
- TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. “Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)”. In: Luiz Guilherme Marinoni (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- THEODORO Jr., Humberto. “Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiros”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 51.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 3, t. 2.
- _____. “Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2004, n. 17.
- _____. “As liminares e tutela de urgência”. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. José Manoel Arruda Alvim Netto e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. “Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 94.
- _____. “Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 35, n. 189, 2010.
- _____. *O contrato e seus princípios*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- _____. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 52ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.
- _____; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.
- _____. “Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 56.
- _____. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9ª ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1998, v. 1.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. “Antecipação de tutela na sentença e adequação recursal”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 92.
- VELLOSO, Adolfo Alvarado. “O garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.
- VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. 17.
- VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137)”. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILHENA NUNES, João Batista Amorim de. “Cumulação de demandas, tutela antecipada, decisão parcial de mérito e sua execução”. In: *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Alberto Camiña Moreira; Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi (Coords). São Paulo: Saraiva, 2011.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.
- WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.
- WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2 ed. Boston: Litle, Brown and Co., 1894.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. MEDINA, José Miguel Garcia. *Dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. “O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, n. 230.
- _____. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- _____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. São Paulo: RT, 2009.
- _____. “Litispêndência em ações coletivas”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2006, v. 2.
- WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

- WEINTRAUB, Melissa. "The Bar against Self-Incrimination as a Protection against Torture in Jewish and American Law", disponível em http://www.rhr-na.org/torture/ainadammesim_short.pdf, consultado em 19.11.2006, às 14h41.
- WHITE, Inês Lépari. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: *Cargas Probatórias Dinâmicas*. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004.
- YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Tutela jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. "Breves considerações acerca dos poderes do juiz em matéria probatória (exame à luz de proposta inserta no projeto de Código Comercial)". *Ativismo judicial e garantismo processual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy (coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, 199-206.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. "A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, §4º, da nova Lei do CADE (Lei 12.529/2011)". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2013, n. 222.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: RT, 1997.
- ZANETI JR., Hermes. "A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)". *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- ZANGEROLAME, Flavia Maria. "Obrigações divisíveis e indivisíveis e obrigações solidárias". *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. "Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 125.
- _____. *Antecipação de Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. "Medidas cautelares e medidas antecipatórias". *Inovações do Código de Processo Civil*. José Carlos Teixeira Giorgis (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006.
- ZIMMERMANN, Reinhard; JANSEN, Nils. *Quieta movere: interpretative change in a codified system*. CANE, Peter; STAPLETON, Jane (orgs). *The law of obligations: essays in celebration of John Fleming*. Oxford: Clarendon, 1998.
- ZOLLINGER, Márcia Brandão. "Provimentos antecipatórios, cautelares e liminares: a importância da distinção". *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2000, n. 18.

Uma nova fase deste Curso começa.

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Brasil tem um novo Código de Processo Civil: o primeiro Código de Processo Civil publicado em regime democrático; o primeiro código, *tout court*, cuja tramitação legislativa se deu totalmente em regime democrático.

Não é pouca coisa.

Durante dois anos e meio, um dos coautores deste livro ajudou a Câmara dos Deputados na tarefa de produzir um texto normativo de consenso. Sérgio Barradas Carneiro, deputado baiano, primeiro relator do projeto na Câmara, o escolheu para assessorá-lo; Paulo Teixeira, o relator que conduziu o processo legislativo até o encerramento na Câmara, o manteve nessa função. Um testemunho se impõe: é possível conduzir um processo legislativo dessa magnitude, com espírito republicano e democrático, capacidade de articulação e perseverança. Sérgio e Paulo honram o Brasil.

Como não poderia deixar de ser, este Curso vem completamente refeito. É preciso construir, a partir de agora, o sistema do processo civil brasileiro.

Todos os volumes do Curso estão sendo reconstruídos. Não estão sendo apenas atualizados; estão sendo repensados. Tarefa difícil, mas extremamente prazerosa.

Que os alunos, professores, juristas e tribunais continuem acolhendo este Curso da mesma maneira.

FREDIE DIDIER JR.
RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA
PAULA SARNO BRAGA

