



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Trícia Navarro Xavier Cabral

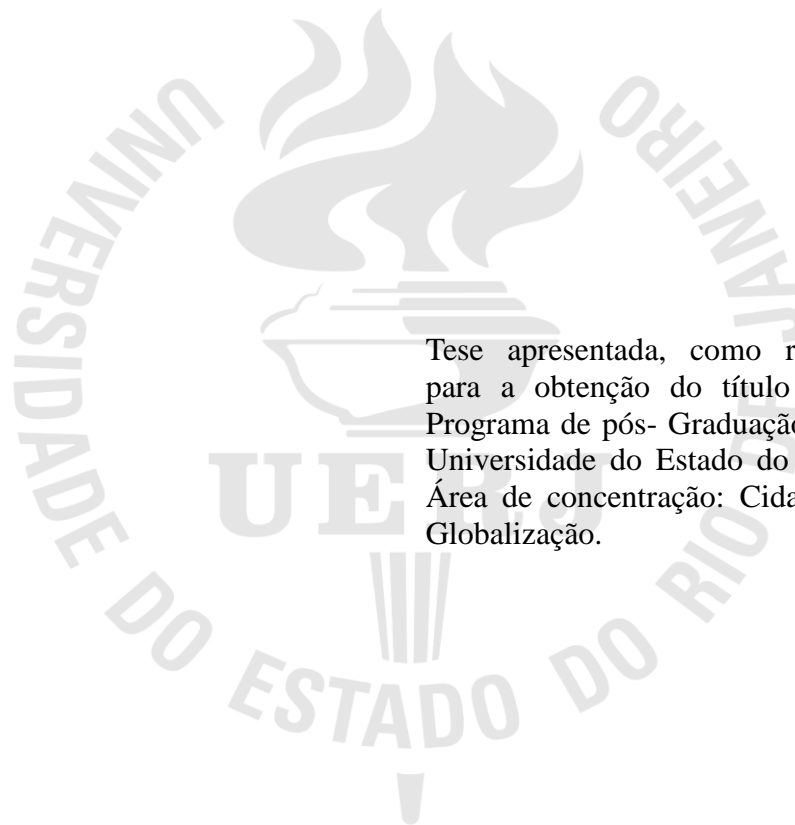
**Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade  
do processo civil**

Rio de Janeiro

2014

Trícia Navarro Xavier Cabral

**Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade  
do processo civil**



Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C117o Cabral, Trícia Navarro Xavier.

Ordem pública processual : técnica de controle da regularidade do processo civil / Trícia Navarro Xavier Cabral. - 2014.  
429 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fux.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Processo civil - Teses . 2. Ordem pública - Teses. 3.Direito processual - Teses . I. Fux, Luiz. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Trícia Navarro Xavier Cabral

**Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade  
do processo civil**

Tese apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor, ao Programa de pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Luiz Fux (orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque

Universidade de São Paulo - USP

---

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Rio de Janeiro

2014

## **DEDICATÓRIA**

A Deus, sempre e em primeiro lugar!

## AGRADECIMENTOS

A UERJ é um sonho para qualquer estudante de direito. Possui um processo seletivo de pós-graduação sério, rigoroso e extenso, que assusta a todos os pretendentes, especialmente os que não têm qualquer contato com a instituição e com seus docentes ou discentes. A situação se agrava quando o candidato é de outro Estado, cujas referências são absolutamente desconhecidas, como foi o meu caso. Essas dificuldades não me desanimaram e a receptividade que tive da Universidade e de seus professores não me deixaram dúvidas de que estava no caminho certo. Por isso é que começo meus agradecimentos à própria UERJ que, na pessoa da Sra. Sonia Leitão, fez com que minhas inseguranças se transformassem em incentivos para seguir no curso e aproveitar todas as gratificações que estavam por vir.

Agradeço ao meu orientador e professor Luiz Fux, pois muito me honra ser sua aluna e orientanda, especialmente diante de toda a disponibilidade que sempre demonstrou, e mesmo com tantas atribuições importantes inerentes ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Agradeço ainda ao professor Leonardo Greco, fonte de inspiração e exemplo de disciplina, por ter acreditado nas minhas intenções acadêmicas, e por todos os seus brilhantes ensinamentos, que carregarei para o resto da vida!

Também não poderia deixar de fazer um agradecimento especial ao professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, pelo carinhoso acolhimento nessa prestigiosa Universidade, com primorosas críticas aos meus trabalhos, que serviram inclusive para o aprimoramento da presente tese.

E o que dizer do professor Humberto Dalla Bernardinha de Pinho? Integrante da minha banca de defesa de dissertação na Universidade Federal do Espírito Santo e principal incentivador da minha participação no concorrido Curso de Doutorado em Processo da UERJ. Além disso, sua disponibilidade e amabilidade com os alunos sempre foram dignos de reconhecimento por todos os lugares em que passou, além da humildade acadêmica que encanta e serve de exemplo aos profissionais da área do direito.

Não poderiam ficar de fora dos meus agradecimentos os professores Aloísio Mendes e Flávio Mirza, que também muito me ensinaram durante o curso.

Agradeço aos alunos e colegas da UERJ, que me receberam de braços abertos, que me ajudaram a caminhar e acabaram se tornando grandes amigos, em especial Diogo Almeida,

Bruno Bodart, Guilherme Sokal, Márcio Faria, Maurício Vasconcelos, André Roque, Marcela Câmara, Fernanda Pantoja, Marcela Kohlbach, Cintia Guedes e Daniela Madeira.

Por sua vez, cursar um doutorado em uma cidade distante é um desafio que envolve a colaboração de muitas pessoas, sem as quais isso não seria possível.

Assim, agradeço ao meu marido Gustavo Varella Cabral, incentivador incondicional dessa jornada acadêmica, e que com grande paciência superou minhas ausências, restrições e dificuldades. Te amo!

À Sandra Lia, exemplo de mãe e de ser humano, que sempre acreditou, acompanhou e incentivou meus projetos de forma apaixonada, vibrando e sofrendo a cada etapa! Obrigada, te amo!

À minha avó Wilma Navarro, minha segunda mãe, ao meu irmão Felipe Navarro e às minhas afilhadas Raphaela Navarro e Ariella Navarro.

Por fim, agradeço aos ilustres professores e amigos Petrônio Calmon, Adriana Beltrame, Teresa Wambier e José Roberto dos Santos Bedaque; ao professor Remo Caponi, por gentilmente ter-me recebido em Florença, para realizar as pesquisas para esta tese; e aos professores Nicolò Trocker e Neil Andrews pelos ensinamentos e acessibilidade.

Ordem é clareza. Ordem é harmonia. Ordem é método e celeridade. Ordem é razão e direito.

*Rui Barbosa*



## RESUMO

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil*. 2014. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O processo civil precisa de ordem, simplicidade e eficiência para atingir o seu escopo de prestação de uma tutela jurisdicional adequada, justa e célere. Para tanto, o ordenamento processual tem sofrido relevantes modificações com o objetivo de se adaptar às novas exigências sociais e jurídicas, em que o formalismo deve servir para proteger, e não para derrubar. Além disso, variadas técnicas processuais têm sido utilizadas para conferir mais efetividade à tutela jurisdicional, sem prejuízo da necessária segurança jurídica. Nesse contexto se insere a ordem pública processual, que embora possa ter uma interessante abordagem principiológica, atua no processo como técnica de controle da regularidade de atos e do procedimento. Por sua vez, o papel do magistrado na gestão dessa técnica se mostra fundamental para ela atinja seu objetivo, que é eliminar do processo os defeitos capazes de macular a sua integridade, bem como a legitimidade da tutela judicial. O controle adequado e tempestivo da regularidade dos atos e do procedimento é um dever do juiz e também uma garantia das partes. Dessa forma, a tese busca identificar as questões processuais passíveis de controle, de acordo com o grau de interesse público que cada uma revela, sendo certo que a lei, a doutrina e a jurisprudência servem de fonte e ainda podem modular a relevância da matéria conforme tempo e espaço em que se observam. Por sua vez, a importância da avaliação do interesse público de cada questão processual reflete no regime jurídico que será estabelecido e as consequências que se estabelecem para os eventuais defeitos com base nas particularidades do caso concreto. Ademais, identificada a irregularidade, o processo civil oferece variadas técnicas de superação, convalidação e flexibilização do vício antes de se declarar a nulidade de atos processuais ou de se inadmitir o procedimento adotado pela parte, numa forma de preservar ao máximo o processo. Já no âmbito recursal, embora haja requisitos específicos de admissibilidade, os vícios detectados em primeiro grau de jurisdição perdem força em segundo grau e perante os Tribunais Superiores, haja vista a necessidade caso vez maior de se proporcionar ao jurisdicionado a entrega da prestação jurisdicional completa, ou seja, com o exame do mérito. Registre-se, ainda, a possibilidade de controle judicial nos meios alternativos de resolução de conflitos, uma vez que também devem se submeter a certos requisitos, para que sejam cancelados e legitimados. Como se observa, a abrangência do tema da ordem pública processual faz com que o ele seja extenso e complexo, o que normalmente assusta os operadores do direito. Portanto, o intento deste estudo é não só descrever o assunto, mas também adotar uma linguagem diferenciada, proporcionando uma nova forma de abordar e sistematizar o que ainda parece ser um dogma em nosso sistema processual.

Palavras-chave: Ordem pública. Técnica. Controle. Regularidade. Processo civil.

## ABSTRACT

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Procedural public policy: regularity control technique of civil procedure*. 2014. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Civil procedure requires order, simplicity, and efficiency in order to attain its scope of providing adequate jurisdictional adjudication that is fair and expeditious. To do so, the procedural system has endured relevant modifications in furtherance of adapting itself to new social and legal requirements, in which formalism should serve to protect and not to overturn. Furthermore, various technical procedures have been used to grant more effectiveness to jurisdictional adjudication, without damage to necessary juridical certainty. In this context, is contained the procedural public policy, which might possess an interesting approach for the principle, that engages the procedure as a technical means to control the regularity of the acts and the proceedings. In turn, the role of the magistrate in the management of this technique shows itself to be essential in order for it to accomplish its objective, which is to eliminate from the procedure, the defects capable of blotting its integrity, as well as the legitimacy of judicial adjudication. Appropriate and timely control of the regularity of the acts and the proceedings is a duty of the judge and also a guaranty to the parties. In this sense, the thesis seeks to identify procedural issues that could be controlled according to the degree of public interest wherein each one is revealed, being certain that the law, doctrine, and jurisprudence are the source and can still modulate the relevant matter according to the time and space in which they are observed, contextualized, or inserted. In turn, the importance of evaluating the public interest of each procedural matter reflects the legal regime to be established and the consequences established for any eventual defects on the basis of the particulars of the recorded case. Additionally, in identifying the irregularity, civil procedure offers various techniques for overcoming, confirming, and easing of a defect before declaring the nullity of the procedural acts or the inadmissibility of the procedure adopted by the party, in a way to preserve most of the procedure. Already in the appellate context, although there are specific requirements of admissibility, the defects detected at the first level of jurisdiction lose strength at the second level and before the Superior courts, giving each time a greater need to provide jurisdiction and the delivery of full jurisdictional performance, that is, with an examination on the merits. Registering still, the possibility of judicial control as an alternative means of dispute resolution, it also must undergo certain requirements, so as to be approved and legitimized. As noted, the range of the theme of procedural public policy causes it to be extensive and complex, which usually alarms jurists. Therefore, the intent of this study will not only be to describe the subject, but also to adopt a differentiated language, providing a new way to approach and systematize what still seems to be dogma in our procedural system.

Keywords: Public policy. Technique. Control. Regularity. Civil procedure.

## RIASSUNTO

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordine pubblico processuale: tecnica di controllo della regolarità di processo civile*. 2014. 429 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Il processo civile necessita di ordine, semplicità ed efficacia per poter raggiungere il suo scopo di prestazione ad una tutela giurisdizionale adeguata, giusta e veloce. Pertanto, il diritto processuale soffre ultimamente modifiche rilevante con l'obiettivo di adattarsi alle nuove esigenze sociali e giuridiche, nelle quali il formalismo deve servire per proteggere e non per distruggere. Oltre a questo, varie tecniche processuali vengono utilizzate per conferire maggior efficacia alla tutela giurisdizionale, senza lesione della necessaria sicurezza giuridica. In questo contesto si inserisce l'ordine pubblico processuale, che nonostante abbia un interessante approccio di principio, attua nel processo come tecnica di controllo della regolarità degli atti e della procedura. A sua volta il ruolo del Magistrato nella gestione di questa tecnica si mostra fondamentale perché essa raggiunga il suo obiettivo, che sarebbe quello di eliminare dal processo i difetti capaci di macchiare la propria integrità, come la legittimità della tutela giuridica. Il controllo adeguato e tempestivo della regolarità degli atti e dei procedimenti è un dovere del giudice e anche una garanzia delle parti. In questo modo, la tesi cerca di identificare le questioni processuali passive dai controlli in accordo con il grado di interesse pubblico che ciascuna rivela, essendo certo che la legge, la dottrina e la giurisprudenza servono come fonte e ancora possono modulare la rilevanza della materia conforme tempo e spazio nei quali si osservano. A sua volta l'importanza della valutazione dell'interesse pubblico di ciascuna questione processuale riflette nel regime giuridico che sarà stabilito e le conseguenze che si stabiliscono per gli eventuali difetti con base nelle particolarità del caso concreto. Inoltre, identificata l'irregolarità il processo civile offre variate tecniche di superazione, convalidazione e flessibilità del vizio prima di dichiarare la nullità degli atti processuali o di non ammettere il procedimento adottato dalla parte, in una forma di preservare al massimo il processo. Nell'ambito degli appelli, nonostante ci siano già i requisiti specifici di ammissibilità, i vizi rilevati al primo grado di giurisdizione perdono la forza al secondo grado dinanzi i Tribunali Superiori, cui si è vista la necessità sempre più grande di fornirsi al giurisdizionato per la consegna di prestazioni giurisdizionali complete, ossia con esame del merito. Si registra, ancora, la possibilità di controllo giurisdizionale nei mezzi alternativi di risoluzione di conflitti, una volta che devono sottomettersi a certi requisiti perché vengano timbrati e legittimati. Come si osserva, la portata del tema di ordine pubblica processuale fa in modo che lui sia esteso e complesso, il che normalmente spaventa gli operatori di diritto. Pertanto, l'intento di questo studio sarà non solo di descrivere questo argomento, ma anche di adottare un linguaggio differenziato, proporzionando una nuova forma di approccio e sistematizzare quello che ancora sembra essere un dogma nel nostro sistema processuale.

Parole-chiave: Ordine pubblico. Tecnica. Controllo. Regolarità. Processo civile.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
1	<b>CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E ORDEM</b> .....	29
1.1	<b>A ordem constitucional e processual</b> .....	29
1.2	<b>O processo contemporâneo</b> .....	34
1.3	<b>Componentes da ordem processual</b> .....	39
2	<b>ORDEM PÚBLICA</b> .....	50
2.1	<b>A ordem pública contemporânea</b> .....	50
2.2	<b>A ordem pública e suas diversas acepções jurídicas</b> .....	57
2.3	<b>A ordem pública na legislação pátria</b> .....	66
2.4	<b>Relação entre ordem pública e processo civil</b> .....	71
2.5	<b>Características da ordem pública processual</b> .....	71
2.6	<b>Princípios constitucionais norteadores da ordem pública processual</b> .....	75
2.6.1	<u>Segurança jurídico-processual</u> .....	75
2.6.1.1	Confiança legítima – expectativas processuais dos jurisdicionados .....	81
2.6.2	<u>Devido processo legal: o processo justo</u> .....	84
2.6.3	<u>O postulado da eficiência processual</u> .....	88
2.7	<b>Conteúdo material e formal da ordem pública processual</b> .....	96
2.8	<b>Ordem pública material e ordem pública processual</b> .....	97
3	<b>IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA</b>	
	<b>PROCESSUAL</b> .....	100
3.1	<b>Problematização</b> .....	100
3.2	<b>Ordem pública processual e interesse público</b> .....	102
3.3	<b>A ordem pública processual e suas questões</b> .....	107
3.4	<b>Condições da ação</b> .....	109
3.4.1	<u>Primeiras premissas sobre o tema</u> .....	109
3.4.2	<u>Natureza jurídica das “condições da ação”</u> .....	115
3.4.3	<u>Reflexos processuais da extinção das condições da ação</u> .....	127
3.4.4	<u>Condições da ação e ordem pública processual</u> .....	130
3.5	<b>Ordem pública processual e pressupostos processuais</b> .....	131
3.5.1	<u>Função dos pressupostos processuais</u> .....	132
3.5.2	<u>Esboço evolutivo dos pressupostos processuais</u> .....	133

3.6	<b>Pressupostos processuais como questões de ordem pública</b> .....	135
3.6.1	<u>Existência de órgão estatal investido de jurisdição</u> .....	136
3.6.2	<u>Impedimento do juiz</u> .....	137
3.7	<b>Pressupostos processuais como questões de interesse público</b> .....	139
3.7.1	<u>Competência absoluta</u> .....	140
3.7.2	<u>Demanda</u> .....	143
3.7.3	<u>Citação</u> .....	144
3.7.4	<u>Capacidade de ser parte</u> .....	146
3.7.5	<u>Capacidade de estar em juízo</u> .....	147
3.7.6	<u>Capacidade postulatória</u> .....	148
3.7.7	<u>Legitimidade extraordinária</u> .....	149
3.7.8	<u>Litisconsórcio necessário</u> .....	150
3.7.9	<u>Litispêndência, perempção e coisa julgada</u> .....	152
3.7.10	<u>Interesse processual</u> .....	154
3.7.11	<u>Suspeição do juiz</u> .....	154
3.7.12	<u>Despesas processuais</u> .....	156
3.7.13	<u>Inversão do ônus da prova pelo juiz</u> .....	158
3.7.14	<u>Outras questões de interesse público processual</u> .....	161
3.8	<b>Requisitos formais do processo</b> .....	162
3.8.1	<u>Requisitos de admissibilidade do ato processual</u> .....	163
3.8.2	<u>Adequação do procedimento</u> .....	167
3.9	<b>Questões processuais disponíveis</b> .....	168
3.9.1	<u>Competência relativa</u> .....	169
3.9.2	<u>Convenção de arbitragem</u> .....	170
3.9.3	<u>Justa causa</u> .....	170
3.10	<b>Questões de direito material</b> .....	171
4	<b>O REGIME JURÍDICO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL</b> .....	175
4.1	<b>Evolução histórica do tratamento das questões de ordem pública</b> .....	175
4.2	<b>O juízo de admissibilidade</b> .....	180
4.3	<b>Os poderes do juiz e o juízo de admissibilidade</b> .....	182
4.4	<b>Questões de ordem pública e cognição de ofício pelo juiz</b> .....	183
4.5	<b>Momento</b> .....	185
4.6	<b>Objeto do juízo de admissibilidade</b> .....	188

4.7	<b>Forma de exercício do juízo de admissibilidade</b> .....	189
4.8	<b>Necessidade de contraditório para o reconhecimento de questões prévias</b> .....	191
4.9	<b>Efeitos do juízo de admissibilidade</b> .....	194
4.10	<b>Arguição de questões processuais prévias pelas partes</b> .....	200
5	<b>CONSEQUÊNCIAS RELATIVAS ÀS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E DE INTERESSE PÚBLICO</b> .....	203
5.1	<b>Atos e nulidades processuais</b> .....	203
5.1.1	<u>Introdução</u> .....	203
5.1.2	<u>Necessidade de uma teoria contemporânea</u> .....	204
5.1.3	<u>Direito estrangeiro: dificuldade em sistematizar as nulidades</u> .....	205
5.2	<b>Atos processuais: dissociação do direito material</b> .....	207
5.2.1	<u>Características dos atos processuais</u> .....	209
5.2.2	<u>O ato inexistente</u> .....	216
5.3	<b>Os defeitos dos atos processuais e seus reflexos processuais</b> .....	219
5.3.1	<u>Defeitos processuais</u> .....	219
5.3.2	<u>Reconhecimento da invalidade pelo juiz</u> .....	223
5.3.3	<u>Decretação de nulidade</u> .....	223
5.3.3.1	Conceituação, terminologia e natureza jurídica .....	224
5.3.3.2	Princípios que condicionam a aplicação da nulidade .....	225
5.3.4	<u>Princípios dos atos processuais (próprios) e do procedimento (reflexos)</u> .....	229
5.3.5	<u>Reflexos da incidência da nulidade do ato no processo</u> .....	232
5.3.6	<u>Nulidade do ato e nulidade do processo</u> .....	233
5.4	<b>Flexibilização procedimental</b> .....	233
5.4.1	<u>Introdução</u> .....	234
5.4.2	<u>Justificativas da flexibilização do procedimento</u> .....	235
5.4.3	<u>A flexibilização do procedimento no Brasil</u> .....	238
5.4.4	<u>Variação procedimental no direito estrangeiro</u> .....	243
5.4.5	<u>Espécies de flexibilização procedimental</u> .....	247
6	<b>ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NO DIREITO ESTRANGEIRO</b> .....	253
6.1	<b>Sistema italiano</b> .....	253
6.2	<b>Sistema espanhol</b> .....	258
6.3	<b>Sistema francês</b> .....	261
6.4	<b>Sistema português</b> .....	267
6.5	<b>Sistema alemão</b> .....	270

6.6	<b>Sistema inglês</b> .....	273
6.7	<b>A ordem pública transnacional</b> .....	278
7	<b>A ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS</b> .....	283
7.1	<b>Considerações gerais</b> .....	283
7.2	<b>Poderes do juiz no âmbito dos tribunais</b> .....	284
7.3	<b>Juízo de admissibilidade dos recursos cíveis</b> .....	286
7.4	<b>Espécies de requisitos de admissibilidade dos recursos cíveis</b> .....	289
7.4.1	<u>Tempestividade</u> .....	289
7.4.2	<u>Competência</u> .....	296
7.4.3	<u>Regularidade formal</u> .....	297
7.4.4	<u>Preparo</u> .....	298
7.4.5	<u>Cabimento</u> .....	300
7.4.6	<u>Legitimação recursal</u> .....	303
7.4.7	<u>Interesse de recorrer</u> .....	304
7.4.8	<u>Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do exercício do poder recursal</u> .....	305
7.4.9	<u>Requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários</u> .....	306
7.5	<b>Ordem pública processual e efeito translativo dos recursos</b> .....	315
7.5.1	<u>Ordem pública processual e sua decrescente importância no processo</u> .....	316
7.5.2	<u>Questões de ordem pública e de interesse público e os capítulos da sentença</u> .....	318
7.5.3	<u>O tratamento das questões de ordem pública e de interesse público na esfera recursal</u> .....	320
7.5.3.1	Recursos ordinários .....	321
7.5.3.2	Recursos excepcionais .....	323
7.6	<b>Questões de ordem</b> .....	329
7.6.1	<u>Vícios do ato, procedimento ou de julgamento</u> .....	331
7.6.2	<u>Observância da ordem processual, do contraditório e da ampla defesa</u> .....	334
7.6.3	<u>O julgamento do recurso</u> .....	338
7.6.4	<u>Ocorrências após o julgamento do recurso</u> .....	341
7.7	<b>Homologação de sentença estrangeira</b> .....	342
7.8	<b>Suspensão da segurança</b> .....	346
8	<b>O CONTROLE DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO</b> .....	351
8.1	<b>Introdução</b> .....	351
8.2	<b>Requisitos do controle judicial dos meios alternativos de solução de conflito</b> ..	352

8.3	<b>A ordem pública processual nos meios de composição em espécie</b> .....	354
8.3.1	<u>Conciliação e mediação</u> .....	354
8.3.2	<u>Arbitragem nacional e internacional</u> .....	357
8.3.3	<u>Compromisso de ajustamento de conduta</u> .....	366
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	373
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	383



## INTRODUÇÃO

### Premissas iniciais

Controle, simplificação<sup>1</sup> e eficiência: essas são as palavras de ordem buscadas nesta tese.

O processo civil, diante de seu compromisso de atender ao direito material, precisa estar em constante aperfeiçoamento, seja em razão das novas demandas sociais, seja pela necessidade de aprimoramento e adequação das técnicas que são utilizadas na melhor solução da crise do direito material.

Esse dinamismo da ciência processual é fundamental para que esteja sempre atual, amoldando-se às peculiaridades do caso concreto apresentado, criando soluções que possam efetivamente atender ao jurisdicionado, sem que isso implique na temida insegurança jurídica. Ao contrário, quanto mais o processo puder ser sensível e adaptado aos problemas práticos, mais efetiva e legítima será a sua função dentro do ordenamento jurídico. É uma releitura da própria noção de segurança jurídica.

Essa evolução muitas vezes passa por crises ideológicas, científicas e pragmáticas, ajustando-se às necessidades de acordo com o tempo e espaço em que se observa, o que deve ser visto como etapas naturais e inerentes a qualquer mudança importante.

O processo civil sempre será alvo de movimentos pendulares. Primeiro passou pela fase do formalismo. O engessamento e a rigidez de suas técnicas eram considerados fatores de proteção das partes e sensação de controle por parte do juiz.

Com o passar dos anos, a própria jurisprudência foi responsável por flexibilizar inúmeras situações, para melhor atender ao jurisdicionado, fazendo com que a doutrina passasse a repensar seus conceitos e a utilizar o critério científico para um novo paradigma, voltado à verdadeira efetividade dos direitos, criando-se mecanismos mais adequados e producentes. Esses comportamentos, por sua vez, refletiram na legislação processual, que vem tentando captar essas novidades do sistema jurídico, para alterar suas normas.

---

<sup>1</sup> “A simplificação do direito é fenômeno hodierno que se estende ao direito processual, por isso se adotou para o processo de conhecimento um procedimento comum, padrão, adaptável pelo juiz de acordo com as vicissitudes do caso concreto, permitindo-lhe ser o artesão da forma como proceder até o alcance da resposta judicial a ser cumprida. Assim é que o caso concreto há de demonstrar ao juiz a necessidade de convocação de terceiros interessados via edital, realizar provas em espécie, abreviar o rito e sentenciar antecipadamente etc., tudo sob a obediência ao due process of law.” (FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 14-15).

E um dos assuntos que passou por essa transformação sistêmica foi o relacionado ao tratamento das questões de ordem pública no processo civil.

Assim, a iniciativa de investigação dos contornos das questões de ordem pública no processo civil surgiu da observação do tratamento dado ao assunto, na prática jurídica, pelos operadores do direito, especialmente pela doutrina e pela jurisprudência, que a cada dia multiplicam as hipóteses de ordem pública, sem se preocupar com as necessárias justificações.

Ordem pública é expressão que está presente no cotidiano forense, sendo analisada em diversos contextos, mas sempre desacompanhada de conceitos precisos ou definições capazes de elucidar as origens, as diretrizes e os efeitos que o assunto é capaz de produzir no direito, em especial no ramo do processo civil.

De início, constata-se que apesar da importância do assunto e de seus reflexos para o processo, há constante repetição de antigos preceitos, especialmente quando não se considera a inserção de valores constitucionais na ordem processual. Com isso, insiste-se em teorias defasadas e caminhos ultrapassados, gerando consequências dissociadas da sua base de sustentação.

Por sua vez, a ausência de consenso no enfrentamento das questões de ordem pública pelos próprios sujeitos processuais tem ensejado uma latente falta de uniformidade nos pronunciamentos judiciais e, por conseguinte, uma inevitável insegurança jurídica.

A razão de tal discrepância se deve principalmente ao fato de os sujeitos processuais – em especial os julgadores – não conduzirem o tema de modo científico, tanto em relação à sua finalidade, quanto ao seu tratamento e ao momento de sua análise. Com isso, os juízes acabam identificando uma “questão de ordem pública” onde não existe, e muitas vezes o fazem autoritariamente.

Já os demais sujeitos processuais ou guardam a discussão como um “trunfo” para a oportunidade mais conveniente, visando à procrastinação do feito, causando tumulto na regularidade e no desenvolvimento do procedimento, ou então agem de forma comodista e despreparada, deixando de impugnar os desdobramentos processuais equivocados envolvendo as questões de ordem pública, aceitando, sem maiores controvérsias, as inusitadas conclusões do julgador e os efeitos delas decorrentes.

O motivo desses descompassos pode ser atribuído ainda, e em grande parte, à ausência de sistematização do tratamento das questões de ordem pública no processo civil, afastando a necessária coerência no reconhecimento de uma questão de ordem pública no curso do processo, sendo que, na prática, são utilizadas as mais variadas e utilitaristas justificativas,

tanto para o caso de acolhimento, como para a sua rejeição, sem uma preocupação com a sua densidade jurídica, trazendo distorções capazes de comprometer o propósito que envolve a matéria.

Dessa forma, necessário se faz estabelecer um critério científico que dê lastro ao tema, redefinindo o conteúdo das questões de ordem pública no processo, para só então se estabelecer os resultados de sua não observância. É preciso, portanto, elucidar as origens, as diretrizes e os efeitos que a matéria é capaz de produzir no direito, em especial no processo civil.

Por sua vez, a releitura e a sistematização das questões de ordem pública no processo civil devem considerar a sua evolução processual, até se chegar à atual concepção de seu significado e alcance, sendo que essa reavaliação representará um novo horizonte para a eficiência e efetividade do processo.

Assim, a presente tese visa à análise dos contornos das questões de ordem pública no direito processual civil, desde os seus traços teóricos, até a sua identificação, verificando, ainda, a sua aplicação, extensão e efeitos, de acordo com as proposições do processo contemporâneo, conferindo ao tema uma dimensão mais moderna, de acordo com os contornos ideológicos surgidos a partir do neoconstitucionalismo.

Isso porque as importantes mutações valorativas que ocorreram no nosso ordenamento jurídico – o que também se deu nos sistemas jurídicos estrangeiros – afetaram diretamente o direito processual civil, fazendo com que ele fosse repensado e reestruturado de acordo com os ideais do Estado Democrático de Direito, especialmente os relativos à efetivação dos direitos fundamentais. Destacam-se, neste intento, os valores da segurança jurídica e da efetividade, que atuam em tensão, mas que devem ser ponderados, ao invés de anulados, a fim de que dessa compatibilização vença o equilíbrio.

Consequentemente, não se pode deixar de inserir, na apreciação das questões de ordem pública, toda carga axiológica advinda da constitucionalização do direito processual, que reflete a ideia de justiça e de conformação da prestação da tutela jurisdicional às exigências constitucionais, e não apenas uma preocupação casuística com os resultados ou com as formas de se blindar as violações processuais, de acordo com a ausência ou não de prejuízo, ou de ter atingido a sua finalidade, como se vê na aplicação pura e simples do princípio da instrumentalidade.

Deve-se ter em mente que o tema relacionado às questões de ordem pública é amplo, tendo reflexos em diversos institutos processuais, como nos poderes do juiz, na prova, na disponibilidade dos atos das partes, nos requisitos de admissibilidade do processo, na

preclusão, na coisa julgada, nos recursos – inclusive os constitucionais –, nas ações rescisórias, na arbitragem e nos meios de controle de constitucionalidade, entre outros.

Como se vê, são numerosos e relevantes os aspectos processuais afetados pelo assunto e, portanto, pendentes de uma melhor reestruturação jurídica, para se identificar o que efetivamente se pode entender por ordem pública na esfera processual, uma vez que, pelo atual panorama, os resultados se mostram confusos, discrepantes, incompatíveis ou equivocados. Para tanto, serão sopesados os valores da segurança jurídica e da efetividade, sob o enfoque específico do processo civil, bem como respeitadas as garantias constitucionais do processo.

Portanto, se mostra indispensável a realização de uma análise criteriosa da matéria, para tentar harmonizar as suas formas de incidência no processo, melhorando a condução da tutela jurisdicional, ainda que, para tanto, seja necessário desmistificar antigos dogmas ou reafirmar velhos preceitos. Em outros termos, mais do que apenas servir de justificativa para os atos, a ordem pública processual precisa ganhar legitimidade, para poder influenciar o comportamento dos sujeitos do processo e efetivamente atingir sua finalidade dentro do processo.

## **Metodologia**

A presente tese visa analisar o tratamento das questões de ordem pública no âmbito do processo civil contemporâneo, avaliando o funcionamento e os reflexos das principais formas de controle da regularidade processual.

O título escolhido – Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil – compreende a noção da extensão que se pretende atribuir ao objeto do trabalho, consistente em identificar os meios aptos a permitir que o processo tenha uma ordem e um desenvolvimento adequado e proporcional aos fins a que se destina, assegurando aos envolvidos a preservação dos direitos fundamentais do processo.

Em relação à delimitação da tese, há de se registrar que as questões de ordem pública podem ser consideradas em diversas perspectivas e sob o enfoque de todos os ramos do direito. Entretanto, para fins desta pesquisa, a abordagem se restringirá ao direito interno, não tratando das implicações da ordem pública nas relações internacionais, embora possa se valer de conceitos estruturados pelo direito internacional para amparar as sustentações jurídicas aqui defendidas.

Ademais, as questões de direito material ou as decorrentes de normas híbridas – ainda que efetivamente tenham reflexos processuais –, serão abordadas de forma indireta, mas não constituirão o objeto principal na tese<sup>2</sup>. Nesse passo, integrarão a pesquisa, prioritariamente, as discussões sobre ordem pública que são concernentes ao próprio direito processual, de modo a não se estender exaustivamente a análise das matérias relacionadas à ordem pública material ou as consideradas prejudiciais de mérito.

Importante também definir que o estudo consistirá nas questões de ordem pública apenas na perspectiva do direito processual civil, já que, pelas características identificadas e pelas premissas que se pretende estabelecer, seria temerário inserir o assunto na teoria geral do processo<sup>3</sup> e atribuir suas qualidades e efeitos indistintamente a todos os ramos do processo.

Isso porque cada segmento do direito processual pode demandar uma ordem pública mais flexível ou mais rígida, de acordo com os bens jurídicos envolvidos. Em outros termos, não se pode dar um tratamento igualitário às questões de ordem pública no processo penal<sup>4</sup>, tributário, trabalhista ou outro, quando se sabe de antemão da diferença de bens e interesses públicos tutelados e de suas consequências para o processo.

Ressalte-se, entretanto, que não se nega a necessidade de que todos os ramos do direito processual busquem e alcancem a ordem pública, podendo, inclusive, admitir a existência de um núcleo duro único, universal, especialmente o conceitual, que atenda até mesmo à teoria geral do direito, relacionado ao valor da segurança jurídica. Porém, considerando as diferentes premissas e consequências do processo civil e dos demais ramos do direito, não há como tratar o tema na teoria geral do processo.

Também há de se fazer uma restrição do assunto dentro do próprio direito processual civil. Isso porque, apesar de ser um tema empolgante, o trabalho ficaria demasiadamente

---

<sup>2</sup> “Em regra, no campo do direito material, o ato jurídico que contenha algum vício é inválido e tem como consequência, provável, a nulidade (absoluta ou relativa) ou a anulabilidade. Já no âmbito do direito processual, o ato só pode ser considerado como inválido, e na medida em que, além da existência do vício, ele não tenha alcançado a finalidade a que se propunha, e ao mesmo tempo tenha causado prejuízo a uma das partes.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 103).

<sup>3</sup> Sobre a teoria unitária da ciência processual, ver: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 8-9.

<sup>4</sup> “Se pode vislumbrar que no direito brasileiro, como a lei processual penal não faz uma definição objetiva do conceito de ordem pública, esta é construída ainda sem preocupação pela doutrina, mas principalmente pela jurisprudência, pela práxis jurídica. Apesar do tema ser recorrente, não há um consenso na conceituação de ordem pública, ficando assim, ao sabor de influências sensacionalistas e de opiniões públicas infundadas em sua generalidade, o que representa clara afronta ao princípio da segurança jurídica. Como o conceito é muito influenciado por opiniões pessoais, que por sua vez refletem a opinião pública (ou publicada, como se viu), há uma fluidez muito grande, uma imprecisão objetiva que se põe em cheque o próprio Estado Democrático de Direito.” (RIGAILO, Ivana Ostapiv. *O conceito de ordem pública na decretação da prisão preventiva*. Monografia (Especialização) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia, Curitiba, PR, 2004. p. 39).

longo e cansativo, se tratasse de todos os institutos processuais. Assim, será apreciado apenas o processo de conhecimento, uma vez que “nele estão disciplinados institutos comuns a todos os procedimentos”<sup>5</sup>, deixando de fora do estudo a apreciação completa das questões específicas do processo executivo e do processo cautelar, sem prejuízo de que a base científica identificada para aquele possa eventualmente valer para as hipóteses surgidas no âmbito desses últimos.

E no que se refere ao campo do processo civil, importante se faz a análise de quais os elementos jurisdicionais atrelados à ordem pública, dos mecanismos de proteção aos quais deve ser lançada mão ao longo da relação processual, bem como dos efeitos decorrentes da violação dos institutos lastreados na ideia de ordem pública.

Além disso, todas essas inquietações devem ser analisadas à luz da nova ordem constitucional, fonte primária da teoria geral do processo, repensando as questões de ordem pública com base em uma interpretação que atenda ao atual Estado Democrático de Direito, bem como ao papel do processo contemporâneo.

Dessa forma, o intento do presente trabalho é trazer à colação a origem da ordem pública e as questões processuais a ela correlatas, a identificação de suas características, a verificação de sua classificação – se é que existe –, bem como a previsão das consequências pela sua não observância dentro do processo e dos demais efeitos processuais, ou seja, a ordem pública processual.<sup>6</sup>

Reconhecida a base jurídica aplicável às questões de ordem pública, segue-se com a identificação das situações que se enquadram nas premissas da ordem pública processual, com uma análise crítica do rol atualmente apresentado, especialmente pela jurisprudência, restringindo-se a sua abrangência quantitativa e qualitativa, para que o processo deixe de ter amarras desnecessárias e incompreensíveis, conferindo mais fluidez às relações jurídicas processuais.

Superada essa etapa relativa à identificação dos contornos da ordem pública processual, o estudo prossegue com a análise do tratamento que hoje é conferido à matéria, com a necessidade de se estabelecer o procedimento adequado que deve ser adotado pelos

---

<sup>5</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 415.

<sup>6</sup> Atestando a existência dessa espécie de ordem pública, tem-se que: “Em suma, assim como em outros países, também no Brasil a decisão estrangeira não deverá ser homologada se não houverem sido observados elementos básicos do devido processo legal, garantia integrante da ordem pública processual brasileira, na qualidade de preceito fundamental.” (TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 224).

sujeitos processuais, como as possíveis formas de superação das irregularidades processuais, sendo, em sequência, abordadas as suas implicações nos diversos institutos processuais.

Com isso, as situações não afetam à ordem pública – ainda que relacionadas a algum grau de interesse público –, deixarão de ter os mesmos reflexos dentro do processo, passando a ser consideradas de acordo com os impactos que possam efetivamente causar à ordem processual.

Em outros termos, inúmeras irregularidades hoje tidas como insuperáveis por supostamente ferirem a ordem pública passarão a ter outra roupagem, com uma repercussão menor no processo e uma consequência compatível e proporcional aos valores, interesses e finalidades envolvidos, acabando com desnecessárias e injustificáveis formalidades e melhorando o fluxo processual.

Também será apreciado outro aspecto relacionado à matéria da ordem pública, que diz respeito à necessidade ou não de contraditório para o reconhecimento de uma questão de ordem pública – ainda que de ofício pelo juiz da causa – ou se a imperatividade da matéria, por si só, dispensaria tal exigência.

Por sua vez, há ainda que se verificar como o tema se relaciona com os outros institutos processuais, que também precisam ser repensados e adequados às novas perspectivas da ordem pública processual.

Ademais, será feita a análise da evolução da matéria na jurisprudência pátria, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores.

Não obstante, o estudo inclui a apreciação das tendências dos principais sistemas processuais estrangeiros e de sua forma de compreender e tratar as questões que consideram de relevância processual, com potencial impeditivo de proferimento de decisão de mérito.

Como se observa, é preciso repaginar a concepção tradicional, reconhecer o verdadeiro conteúdo e atualizar o tratamento da ordem pública para o processo civil contemporâneo. Aqui reside a novidade e a contribuição do trabalho para a ciência processual e para a academia.

Por fim, o trabalho também acompanhará a evolução das discussões da matéria no Projeto de Novo Código de Processo Civil (NCPC).

Portanto, os objetivos são: a) reformular a concepção de ordem pública e analisar a sua relação com o processo civil contemporâneo; b) identificar as questões de ordem pública processual; c) sistematizar o tratamento das questões de ordem pública processual, incluindo as suas consequências para o processo; d) verificar a aplicação das premissas da ordem

pública processual a outros institutos do processo; e) analisar o assunto no direito estrangeiro; e, f) acompanhar a evolução do assunto no NCPC.

## **Perspectivas**

No processo civil, a expressão ordem pública atua como forma de identificação e controle das irregularidades processuais. É caracterizada por questões capazes de comprometer o regular desenvolvimento do processo, ferindo as garantias constitucionais que o cercam.

A identificação dessas questões, feita pela lei, doutrina e jurisprudência, não tem vindo acompanhada de justificação científica e não segue um critério claro que possa nortear os operadores do direito, que a cada dia são surpreendidos com a criação de novas hipóteses.

Essa situação, que traz insegurança e surpresa, necessita de uma avaliação sistêmica para se compreender os reais fenômenos que envolvem o assunto. Há, portanto, necessidade de se criar um método de estudo satisfatório em torno das questões de ordem pública no processo civil.

O intento da pesquisa é, pois, organizar e atualizar os contornos das questões de ordem pública, proporcionando segurança jurídica aos operadores do direito.

Não bastasse, há que se otimizar o procedimento que envolve o tratamento dessas questões, tornando-o mais fácil, tempestivo e eficaz. Isso porque as irregularidades processuais, além de deverem ter um tratamento compatível com a sua real relevância para o processo, não podem ganhar uma dimensão maior do que o próprio direito substancial em jogo, notadamente nas instâncias recursais.

Ressalte-se aqui que o juiz possui um papel fundamental na correta aplicação das questões de ordem pública, sendo o grande protagonista do controle da regularidade do processo e da aplicação concreta e proporcional das consequências, para eliminar obstruções processuais capazes de comprometer o alcance da resolução do mérito.

## **Breve panorama sobre a ordem pública processual**

Para que o processo esteja em ordem, é necessário afastar eventuais máculas capazes de comprometer seu regular e válido desenvolvimento, sejam elas de natureza constitucional ou processual, para se alcançar a plena entrega da tutela jurisdicional. Em outros termos, falar



em “ordem pública processual” é tratar do controle das garantias constitucionais e processuais dentro do processo.

O procedimento, composto por uma cadeia sequencial de atos, deve ser controlado a cada ato processual, permitindo a eliminação tempestiva das irregularidades.

No processo civil há dois tipos de provimentos judiciais: o de admissibilidade e o de mérito, sendo que este último não será objeto do presente estudo. O foco será justamente a tentativa de eliminação dos obstáculos capazes de inviabilizar o exame do mérito.

Assim, pretende-se analisar os requisitos de admissibilidade do processo, tanto em 1º grau de jurisdição quanto na esfera recursal.

De modo mais amplo, pode-se relacionar o núcleo essencial da ordem pública processual com os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da prestação de tutela jurisdicional justa, efetiva, adequada e tempestiva, de modo a tornar insuperável qualquer vício resultante do desrespeito desses preceitos.

Com efeito, da análise das questões relacionadas à ordem pública<sup>7</sup>, verifica-se que estão intimamente ligadas ao clamor de justiça esperado pelo homem médio, sendo que a sua não observância acarreta um sentimento agudo de desordem e desrespeito ao Estado Democrático de Direito. Isso porque as aludidas hipóteses causam repúdio jurídico, quando vistas sob o ângulo da sua eventual infringência e, portanto, não podem subsistir no processo.

No que tange ao rol de questões de ordem pública<sup>8</sup> – na esfera processual –, é comum vê-lo relacionado basicamente com os pressupostos processuais, com as condições da ação<sup>9</sup>, além dos requisitos específicos de admissibilidade e recursais.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> “Entende-se, assim, por questões de ordem pública, as matérias de interesse de toda a sociedade, situadas acima das disposições dos sujeitos de uma relação jurídica, devendo ser, assim, analisadas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de qualquer pedido expresso das partes de uma relação processual.” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas questões de ordem pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4606/prequestionamento-nas-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 15 fev. 2014).

<sup>8</sup> “As questões de ordem pública, que refletem a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, são imperativos que devem ser reconhecidos de ofício pelo julgador para que se tenha a correta prestação jurisdicional por parte do Estado-juiz.” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira, op. cit.).

<sup>9</sup> Segundo Rodrigo Freire: “Os pressupostos processuais e as condições da ação constituem requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito, de caráter público, tendo em vista os altos custos do processo para as partes e – principalmente – para o Estado”. E prossegue, dizendo que, por essa razão, “[...] as questões atinentes a estas duas categorias jurídicas são consideradas questões de ordem pública” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Ainda sobre a declaração *ex officio* da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 50, 01 abr. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2007/ainda-sobre-a-declaracao-ex-officio-da-falta-de-um-pressuposto-processual>>. Acesso em: 15 fev. 2014). Fredie Didier Jr. entende que o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade do processo, já que só há dois tipos de juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento (de validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final e de mérito), não sendo lógico distingui-los em pressupostos processuais, condições da ação e mérito. (DIDIER JR., Fredie.

Há quem inclua nessa categoria as nulidades processuais. Contudo, as nulidades processuais são as consequências resultantes dos diversos tipos de vícios e não têm a mesma natureza jurídica dos requisitos de admissibilidade, até porque aquelas precisam ser declaradas pelo magistrado após o reconhecimento judicial dos defeitos processuais.

Dessa forma, as condições da ação, os pressupostos processuais<sup>11</sup> e as demais garantias constitucionais e requisitos processuais constituem espécies e formas de controle do regular desenvolvimento do processo e são amparados em um interesse público graduável de acordo com o momento e o espaço em que são observados, e que podem sofrer alterações, inclusive em razão de política legislativa ou judiciária.

Quanto aos pressupostos processuais e as condições da ação, é certo que até podem ser considerados defeitos graves dentro do processo, mas não implicam sempre a violação da ordem pública, como atualmente se faz crer, até porque a sua inobservância pode ser perfeitamente equacionada com as características próprias do direito processual, referentes à finalidade do processo e à existência de prejuízo, já que o processo deve atender a esses preceitos.

Deixe-se assente que a eventual autorização – legislativa, jurisprudencial ou doutrinária – de flexibilização de técnicas solenes que visem garantir a entrega da tutela jurisdicional<sup>12</sup> não reduz a importância do processo para a composição da decisão,

---

*Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72).

<sup>10</sup> Leonardo Greco, ao discorrer sobre o tema, adota um posicionamento abrangente quanto às hipóteses de ordem pública: “Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla defesa e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais por meio da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição pela EC 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 293).

<sup>11</sup> Segundo a doutrina tradicional: “Na prática, a falta de um pressuposto processual poderá determinar a extinção do processo, a inexistência jurídica ou a nulidade de alguns atos processuais ou, simplesmente, o envio dos autos do processo a outro juiz ou juízo.” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, Ainda sobre a declaração *ex officio* da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento, cit.).

<sup>12</sup> “Convenções sobre o procedimento, dentro desses limites, devem ser acolhidas e respeitadas pelo juiz. Entretanto, o legislador brasileiro nem sempre é fiel a esses critérios, atendo-se muitas vezes a uma rigidez procedimental incompatível com o respeito às garantias fundamentais do processo e totalmente distanciada do respeito devido à ordem pública processual.” (GRECO, Leonardo, Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, cit., p. 302).

significando apenas que deverá se adequar para atender às especificidades do caso em concreto.

De outra banda, não se pode desconsiderar que o nosso ordenamento jurídico prima pela ordem e segurança jurídicas, de modo que a tutela jurisdicional não pode ser obtida a qualquer custo, passando por cima de vícios intransponíveis, por vezes mediante mecanismos processuais que, por sua própria natureza, não são adequados e podem trazer desordem e instabilidade à sociedade.

Verifica-se ainda que, ao lado das técnicas processuais à disposição das partes, utilizadas para fins de driblar as irregularidades processuais e alcançar a prestação da tutela jurisdicional, existem institutos processuais destinados a garantir justamente a efetiva observância de preceitos essenciais, pertencentes a uma categoria axiológica superior, resguardando a credibilidade estrutural do nosso ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

A par disso, deve ser ressaltado o importante papel do juiz para o controle ideal das circunstâncias supracitadas. Frise-se que as normas relacionadas à ordem pública são imperativas, ou seja, de absoluta cogência, que não dão qualquer margem de disponibilidade às partes<sup>14</sup> ou ao juiz, que passa a ter o dever de reconhecê-las<sup>15</sup>. “Enfim, o juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a *ordem pública processual*, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irreduzível.”<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> “Mas o processo, cumpre ressaltar, não é meramente instrumental, pois revela um valor próprio, ao estabelecer, como já se destacou, as formas, inclusive as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material. De tal sorte, a regulação processual constitui um elemento essencial para que o Poder Judiciário possa cumprir sua função na observação da ordem estatal específica e na garantia de segurança jurídica e, além disso, para a efetivação dos direitos e garantias.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 771).

<sup>14</sup> “Na concepção que seguimos as normas consideradas de ordem pública estão dentro do rol das matérias tidas pelo legislador como estruturantes, sem qualquer margem de disposição para as partes e (ou) adequação pelo Judiciário. São normas com absoluta cogência, não podendo ser afastadas, ainda que a requerimento do próprio interessado.” (MAZZEI, Rodrigo. A prescrição e a sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil? In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 259).

<sup>15</sup> “Entretanto, aqui pretendo fixar que a ordem pública é um limite à livre disposição das partes, sem prejuízo de o juiz poder examinar outras questões, como a conexão, que não são regidas por normas imperativas ou princípios indisponíveis.” (GRECO, Leonardo, Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, cit., p. 293). Idêntica conclusão, mas sob o enfoque dos poderes do juiz na direção e condução do processo: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 109-112.

<sup>16</sup> GRECO, Leonardo, Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, cit., p. 302.

Sendo assim, há de existir um ponto de equilíbrio entre o garantismo processual e a efetividade, levando-se em conta, ainda, as particularidades do direito processual<sup>17</sup> e a observância dos valores que rondam a ordem jurídica.

No entanto, numa análise mais detida de tais hipóteses processuais, à luz da essência da ordem pública, verifica-se uma latente incompatibilidade entre o conteúdo desta com alguns dos vícios processuais decorrentes da não observância daqueles.

Ademais, o reconhecimento e os efeitos da violação de algumas dessas normas de proteção podem depender da existência ou não de prejuízo e, ainda, se atingiu ou não sua finalidade no processo sob análise.

O assunto – antes amplamente aceito pelos operadores do direito – já é alvo de robustos questionamentos no meio acadêmico, que não mais se contenta com a estrutura de invalidades, e dão nova remodelagem à matéria. A divergência abrange desde a denominação dos referidos institutos, até a sua estrutura.

Por isso é que o objetivo deste estudo é identificar quais as hipóteses que devem ser consideradas como vícios absolutos e intransponíveis, por violarem a ordem pública processual, fazendo com que os demais defeitos sejam submetidos a um regime jurídico adequado dentro do processo. Adianta-se desde já que o rol de questões de ordem pública processual a ser protegido que se propõe neste estudo é ainda mais limitado que o acima mencionado.

No que tange aos pressupostos processuais, há uma gradação do interesse público, variável de acordo com a relevância garantística da hipótese analisada. Assim, existem vícios aparentemente insuperáveis na relação processual, de modo que seus efeitos permanecem intactos, podendo ser arguídos inclusive após a consolidação do trânsito em julgado. Seriam, pois, os vícios intransponíveis, absolutos e irrenunciáveis, responsáveis em último grau pelo controle e pela obtenção da ordem pública processual. Isso porque o interesse público envolvido atinge seu grau mais elevado, sendo, pois, insuperável, ensejando consequências graves e instantâneas, não estando sujeito à preclusão e podendo ser conhecido de ofício pelo magistrado, independentemente do momento e no grau de jurisdição em que é analisado.

No entanto, todos os demais pressupostos processuais podem ser superados dentro do processo e seus efeitos estão sujeitos ao fenômeno da preclusão, tanto pelas partes como pelo

---

<sup>17</sup> “É possível afirmar-se que a utilidade do processo passa, necessariamente, por um enfoque que tem como linhas principais a instrumentalidade do processo e a sua efetividade, trazendo como consequências necessárias a rapidez, a garantia do bem da vida, a execução específica, a abrangência da decisão do ponto de vista subjetivo e objetivo e, finalmente, o tratamento adequado do ato processual com uma nova sistematização das nulidades.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*, cit., p. 106).

juiz. Nesse campo, considerando existir um grau menor de interesse público em jogo, seria irrelevante, para fins científicos e pragmáticos, pretender quantificá-lo, sendo suficiente apenas identificá-lo com a relatividade e a superabilidade capaz de permitir o prosseguimento do feito ao seu principal propósito, que é o alcance de uma decisão de mérito. O mesmo se aplica aos inúmeros requisitos de admissibilidade recursal e às demais hipóteses elaboradas pela doutrina e pela jurisprudência, em nome da instrumentalidade que se deve conferir ao processo.

Assim, devem ser identificadas as questões que se identificam em absoluto com as premissas do que atualmente são intituladas como sendo “de ordem pública”, sendo que todos os demais casos são variações de interesses públicos que devem ser observadas e controladas, mas que não possuem o condão de desestruturar o processo.

Nesse passo, os efeitos do reconhecimento dos vícios menos relevantes para o processo devem estar adstritos ao que reza o campo das invalidades processuais<sup>18</sup>, mas não poderão ensejar consequências mais graves do que sua própria natureza requer, principalmente quando em jogo aspectos relacionados apenas à forma. Isso significa que a declaração desse tipo de defeito processual, por si só, não invalida os atos processuais, a não ser que a irregularidade seja acrescida dos dois requisitos anteriormente mencionados: do prejuízo às partes e do ato não ter atingido sua finalidade.

Dessa forma, os institutos processuais serão analisados detalhadamente, estabelecendo-se o exato alcance que a ordem pública processual pode lhes proporcionar. E o que se tinha anteriormente como matéria de ordem pública passará a receber o mesmo tratamento dos demais vícios processuais que não atentem à referida categoria. Com isso, o esvaziamento do rol de vícios intransponíveis fará com que o processo ganhe novo fôlego, com mais chances de atingir os escopos constitucionais, deixando de lado o formalismo excessivo desnecessário e, acima de tudo, em alguns casos, injustificável.

Assim, ao se separar as questões de interesse processual das hipóteses de ordem pública, tem-se que a violação daquelas enseja os seguintes resultados: a) a preclusão judicial

---

<sup>18</sup> Daniel Francisco Mitidiero, numa visão contemporânea, entende que a correta construção sistemática dos vícios processuais supera os conceitos de nulidades cominadas – nulidades não cominadas, de nulidades absolutas – nulidades relativas, e de anulabilidades, para cogitar somente o termo “invalidade processual” como consequência à decretação de uma relevante infração à norma. (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O problema da invalidade dos atos processuais do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

da matéria<sup>19</sup>, quando explícita ou implicitamente decidida pelo juiz<sup>20</sup>; b) a impossibilidade de conhecimento de ofício<sup>21</sup> a qualquer tempo e grau de jurisdição; c) a impossibilidade de arguição via ação rescisória; d) o adequado controle judicial dos meios alternativos de solução de conflito<sup>22</sup>; e) a possibilidade de regularização pela parte, não ensejando a imediata e inevitável extinção do processo, dentre outros possíveis.

Todo esse raciocínio deve ser feito para as hipóteses tidas indistintamente no processo como questões de ordem pública, mas que não pertencem ao instituto.

Verifica-se, pois, que as legítimas questões de ordem pública – se comparadas com as que não comportam esse título, ainda que de interesse público – possuem não só uma relevância diferenciada para o processo, mas também ensejam efeitos bem mais amplos e impactantes no âmbito processual. Essa delimitação dos vícios efetivamente agudos do processo faz como que todos os sujeitos processuais se desarmem em relação às demais hipóteses e possam controlar, de forma correta, proporcional e oportuna, a regularidade no desenvolvimento processual.

Portanto, é essa a nova estrutura que se pretende conferir à ordem pública processual – bem como os efeitos dela decorrentes –, por meio de uma perspectiva acadêmica contemporânea.

---

<sup>19</sup> Nos moldes propostos neste trabalho, estaria certa a afirmação de que a questão de ordem pública “[...] é toda matéria atinente aos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional que, quando desatendida, tem o condão de viciar – nulidade absoluta ou inexistência jurídica – o processo. Em virtude da sua importância, dispõe o Código de Processo Civil, no seu art. 267, § 3º, que a questão de ordem pública não está afeta ao regime da preclusão” (OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 268).

<sup>20</sup> Aqui deve estar presente a impossibilidade de se eternizar discussões jurídicas devidamente sedimentadas dentro da relação processual, correspondendo à perspectiva estatal de pacificação social.

<sup>21</sup> Sobre as hipóteses de pronunciamento de ofício, diz Rodrigo Mazzei: “Com tal norte, há vários exemplos em que o julgador deve se pronunciar de ofício, conquanto tais questões não possam ser tratadas como de ordem pública em seu conceito mais ortodoxo. Nessa linha, nos atos decisórios algumas questões deverão ser resolvidas de ofício, isto é, mesmo sem requerimento expresso do beneficiário, apesar de, frise-se, não se tratar de matérias de ordem pública, ao menos em formato que habitualmente é relacionado (*sinônimo de questão indisponível*). No sentido, servem como exemplos de matérias que o julgador deve resolver, ainda que não invocadas pelas partes: a) aplicação de juros e correção (com toda a extensão do art. 293 do CPC); b) os honorários de advogado (art. 20 do CPC); c) as prestações periódicas (art. 290 do CPC); d) fato superveniente (art. 462 do CPC); e) fixação de multa diária e/ou medidas de apoio (art. 461, § 5º, do CPC); f) saneamento dos erros materiais (art. 463 do CPC)”. E acrescenta que: “Outra questão relevantíssima, que obriga o Judiciário a decidir mesmo sem pedido expresso do recorrente, está fixada no material que é levado pelo efeito devolutivo do apelante, nos termos do art. 515, § 2º, do CPC, podendo-se também citar a prescrição que, depois da remodelação introduzida pela Lei 11.280/2006 no art. 219, § 5º, do CPC, deve ser pronunciada de ofício.” (MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70-71.

<sup>22</sup> O assunto é tratado com propriedade em: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, cit., p. 357-391.

# 1 CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E ORDEM

## 1.1 A ordem constitucional e processual

A relação entre processo e Constituição se faz imprescindível para este estudo, já que constitui seu principal lastro teórico.<sup>23</sup>

A ordem constitucional contemporânea caracteriza-se pela irradiação dos valores fundamentais da democracia para todos os ramos do direito, na mesma medida que estes buscam a conformação de suas normas infraconstitucionais aos preceitos oriundos da Constituição.<sup>24</sup>

Esse panorama retrata a evolução do constitucionalismo<sup>25</sup>, sob seus diversos aspectos, indicando os principais efeitos dessas mutações paradigmáticas. Isso porque a ordem constitucional é composta de normas e valores que identificam, direcionam e legitimam<sup>26</sup> o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao longo do século XX, o constitucionalismo<sup>27</sup> sofreu relevantes mutações valorativas, acompanhando as tendências mundiais<sup>28</sup>, e essa mudança cultural desencadeou a evolução da própria ciência jurídica.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> O assunto também foi abordado em artigo de nossa autoria: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Segurança jurídica e confiança legítima: reflexos e expectativas processuais*. In: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 847-895.

<sup>24</sup> “A constituição confere **legitimidade** a uma ordem política e dá **legitimação** aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir uma ordem política segundo *principios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem uma indispensável bondade material (*legitimidade*) e ao vincular juridicamente os titulares do poder *justifica* o poder de ‘mando’, de ‘governo’, de ‘autoridade’ destes titulares (*legitimação*).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.439).

<sup>25</sup> A constitucionalização é o processo e o resultado da transformação do direito causada pela Constituição. Já o constitucionalismo – ou o neoconstitucionalismo – é a “teoria ou o conjunto de teorias que proporcionam uma cobertura justeórica e/ou normativa à constitucionalização do Direito, em termos normalmente não positivistas” (GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *A teoria do direito em tempos de constitucionalismo*. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 146-147).

<sup>26</sup> “Do ponto de vista comunicacional, a questão da legitimidade se coloca no nível *fático* e não moral. Trata-se do *reconhecimento*, em última instância, das decisões do detentor do poder.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58).

<sup>27</sup> “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade. O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos vinte anos representam, não a vitória de

Isso ocorreu porque as transformações do direito constitucional passaram a alterar substancialmente a forma como ele é analisado e aplicado, em uma perspectiva ideológica e paradigmática<sup>30</sup>, ensejando, por conseguinte, uma nova forma de interpretação jurídica.<sup>31</sup>

No Brasil, essa nova percepção da Constituição teve como marco histórico a Constituição da República de 1988, uma vez que foi responsável pelo processo de redemocratização do país, afastando a indiferença que existia em relação ao direito constitucional, para criar um *sentimento constitucional*<sup>32</sup> em relação à Carta Magna que, sob a influência dos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, passou a se preocupar não só com o reconhecimento de direitos, mas também com a sua efetivação e efetividade.<sup>33</sup>

---

uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade.” (BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63). Eduardo Cambi acrescenta que o constitucionalismo democrático, além de ser uma conquista do século XX, é também um *programa para o futuro* (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107).

<sup>28</sup> As transformações também foram observadas nas Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). Ver: CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.*, cit., p. 31.

<sup>29</sup> “A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha em 1789, foi o grande marco histórico do Estado moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais.” (CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit., p. 21).

<sup>30</sup> Sobre o desenvolvimento do constitucionalismo no cenário internacional, ver: ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89-111.

<sup>31</sup> “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.” (BARROSO, Luís Roberto, *Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*, in *Vinte anos da Constituição de 1988*, cit., p. 60-61).

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto, *Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos*, in *Vinte anos da Constituição de 1988*, cit., p. 58-60.

<sup>33</sup> “A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento



Essa fase pós-positivista<sup>34</sup> foi inicialmente tratada no Brasil, em 1995, por Paulo Bonavides, que, além de abandonar a separação entre o direito e a moral, viu na normatividade constitucional dos princípios<sup>35</sup> a principal razão da mutação de seu caráter programático para uma força positiva incontestável.<sup>36</sup>

Dessa forma, os princípios<sup>37</sup> se tornaram normas chaves do sistema jurídico, oxigenando a Constituição e auferindo a valoração de sua ordem normativa, adquirindo a qualidade de instância juspublicista primária, sede de toda legitimidade de poder, “[...] por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade”.<sup>38</sup>

E, além da constitucionalização dos princípios, outro fator que caracterizou construtivamente o neoconstitucionalismo<sup>39-40-41</sup> foi a atividade argumentativa<sup>42</sup>, a

constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.” (BARROSO, Luís Roberto, Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos, in *Vinte anos da Constituição de 1988*, cit., p. 57).

<sup>34</sup> “Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana.” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 13, p. 83, jan./mar. 2009).

<sup>35</sup> O princípio possui uma função interna no ordenamento, de justificação, de impulso e de delimitação (SILVESTRI, Gaetano. *Dal potere ai principi: liberta ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporâneo*. Roma; Bari: GLF Editori Laterza, 2009. p. 38).

<sup>36</sup> “A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 259).

<sup>37</sup> Lenio Streck observa com propriedade que a utilização da ponderação conduz à formação de uma regra e não de um princípio, e adverte: “De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando de *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50).

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 293.

<sup>39</sup> “A palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norte-americano nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante a doutrina brasileira nos últimos anos, principalmente depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 269).

<sup>40</sup> Lenio Streck se posiciona contrariamente aos contornos do que se denomina de neoconstitucionalismo, pois a ideia do “novo” não é compatível com a realização de um direito com base na “loteria do protagonismo judicial”. E prossegue: “Assim, reconheço que não faz mais sentido da expressão ‘neoconstitucionalismo’ para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento

racionalidade jurídica e o papel da hermenêutica jurídica<sup>43</sup>. Em outros termos, na medida que os direitos fundamentais se expressam por meio de princípios, reforçam a importância de uma teoria da interpretação<sup>44</sup> e da argumentação.<sup>45</sup>

Destaca-se, nesse contexto, a segurança jurídica<sup>46-47</sup>, que atua como garantia e como controle dos atos estatais<sup>48</sup>, atingindo, em consequência, a confiança legítima dos cidadãos,

que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*.” (STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, cit., p. 36-37).

<sup>41</sup> Segundo Prieto Sanchís, o neoconstitucionalismo possui quatro acepções distintas: 1) certo tipo de Estado de Direito; 2) teoria do direito; 3) ideologia política; e 4) filosofia jurídica (PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2003. p. 101).

<sup>42</sup> “Argumentar significa, acima de tudo, fornecer razões que deem suporte a certas conclusões; é, basicamente, uma atividade de justificação. Garante uma determinada qualidade a enunciados que pretendem, por serem fundamentados, gozar de aceitabilidade racional por parte dos auditórios aos quais são endereçados. Uma argumentação garante motivos para que se acredite em uma certa conclusão, razões geradoras de convicção. Argumentar significa defender uma pretensão com boas razões, expor essas pretensões às críticas, submetendo-as a uma espécie de banho cáustico propiciado pelo confronto de opiniões e pela troca de argumentos e contra-argumentos.” (MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 136).

<sup>43</sup> “O direito, antes de ser uma regra ou instituição, é uma obra hermenêutica, um discurso, que se articula entre a regra e o fato, a letra e o espírito, a ordem e a desordem, a força e a justiça.” (CAMBI, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, cit., p. 87).

<sup>44</sup> A queda do legislador e a ascensão do intérprete também vêm sendo objeto de estudo na sociologia: “Hoje, as hierarquias não estão intactas nem livres de ameaças. As tarefas de legitimar e de legislar de súdito mostram-se muito separadas, uma vez que as razões para supor o poder legislador da legitimação sofreram erosão progressiva.” (BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 193). Em outro trecho, o autor complementa: “A redescoberta da hermenêutica e o entusiasmo com que os filósofos e cientistas sociais saudaram *Verdade e método*, de Gadamer, um sofisticado manifesto contra a verdade metódica e o método verdadeiro; que tenta redefinir a tarefa da filosofia ou da ciência social como um trabalho de interpretação, de busca de significado, de tornar ‘o outro’ compreensível; de fazer-se entender – e assim facilitar um intercâmbio entre formas de vida – e abrir à comunicação mundos de significado que permaneceriam fechados.” (Ibidem, p. 197-198).

<sup>45</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

<sup>46</sup> “O homem precisa de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 257).

<sup>47</sup> “A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, *no* nosso sentir, também *no*) Direito, ao passo que na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança jurídica individual das suas próprias posições jurídicas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 96).

<sup>48</sup> “A instituição de regras delimitadoras dos Poderes do Estado e de regras garantidoras de direitos processuais favorece os ideais de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento: de confiabilidade, porque o cidadão não poderá ser simplesmente surpreendido com a restrição dos seus direitos sem que possa defender-se – com o que o ordenamento jurídico ganha em estabilidade; de calculabilidade, porque o cidadão poderá prever a atuação estatal e proteger-se desta última por meio de instrumentos processuais adequados. Em razão dessa

que imprime uma elevada expectativa na tutela estatal de suas relações passadas, presentes e futuras<sup>49</sup>, sendo um importante componente psicológico<sup>50</sup> que regula as condutas humanas, em favor do respeito ao Estado de Direito qualificado pela democracia.

Em outros termos, os objetivos impostos ao Estado Democrático de Direito lhe trazem duas relevantes tarefas: (a) a de garantir a efetiva implementação dos valores ali reconhecidos; e (b) a de conferir legitimidade política ao Estado de Direito, por meio de seu comprometimento com o estabelecimento da ordem, da igualdade e da justiça, visando, em última análise, ao bem-estar social.

E para a missão de garantir e efetivar os direitos dos cidadãos, a Constituição<sup>51</sup> prevê uma série de mecanismos aptos a tal fim, que devem ser disponibilizados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo cada qual uma função determinada no contexto social.

---

vinculação entre segurança jurídica e instrumentos processuais de proteção, chega-se mesmo a falar em ‘princípio da segurança jurídica instrumental’ (*Grundsatz der Rechtsmittelsicherheit*): o cidadão não pode ser surpreendido com a mudança nas regras procedimentais nas quais confiou e com as quais poderá proteger os seus direitos fundamentais; daí porque qualquer alteração, além de medida na intensidade da restrição que provoca nesses direitos, deverá passar pelos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 232-233).

<sup>49</sup> “Para confortar-se no sentido de que pelo menos o que lhe vai no entorno é estável, o homem institui um direito à segurança do seu patrimônio de bens jurídicos, o que fundamenta os sistemas normativos desde a Antiguidade. A segurança não é, contudo, valor, é qualidade de um sistema ou de sua aplicação. Valor é a justiça, que é buscada pela positividade e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza é ele em sua vida. Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado. O direito à segurança espraia-se num conjunto de outros direitos e garantias que se acoplam e se moldam no sistema constitucional e infraconstitucional, compondo um ordenamento que deixa todos e cada um certos de seus direitos e da eficácia que eles produzem.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 168).

<sup>50</sup> “A análise das razões de obediência tem sido posta ao longo da história do pensamento político por todos aqueles autores que se preocuparam não só com a descrição do poder, mas também com a sua justificação ou aceitabilidade. Isso não quer dizer que seja impossível uma análise descritiva da própria legitimidade, tarefa que foi lograda com Weber, como se verá a seu tempo, mas significa sim que existe um elemento na legitimidade que foge ao campo do meramente factual, abrindo-se para os aspectos psicológicos e valorativos dos indivíduos.” (CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl.. Campinas, SP: Millennium, 2007. p. 116).

<sup>51</sup> A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático, anuncia em seu preâmbulo que o destina: “[...] a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”

Não bastasse, a ordem constitucional, para alcançar sua finalidade<sup>52</sup>, utiliza-se de um aparato normativo que deve não só regular satisfatoriamente as relações sociais, mas também estabelecer as possíveis formas de proteção dos direitos e garantias reconhecidos.

Sob outro ângulo, a ordem constitucional contemporânea identifica-se pela irradiação dos valores fundamentais da democracia para todos os ramos do direito, na mesma medida que estes buscam a conformação de suas normas infraconstitucionais aos preceitos oriundos da Constituição, direcionando e legitimando o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o direito processual atua como um importante instrumento de realização dos ideais da Constituição. É por meio dele que se concretizam os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, explícita ou implicitamente, por intermédio de técnicas adequadas a tal fim. Com isso, exige-se que o direito processual esteja afinado com os preceitos constitucionais, ao mesmo tempo absorvendo e transmitindo seus valores.

Não obstante, o processo deve observar criteriosamente a cláusula do devido processo legal, em seus aspectos formal e substancial, garantindo, assim, a legalidade e o controle dos atos pelos jurisdicionados. Por outro lado, as técnicas processuais devem estar atualizadas com as transformações sociais e jurídicas, a fim de que possam atender ao direito material questionado. Como se observa, o processo, em sua missão constitucional, se caracteriza não só como um instrumento de resolução de conflitos, mas também como garantia de uma tutela jurisdicional adequada, igualitária, eficiente e justa.

## 1.2 O processo contemporâneo

Conforme já exposto, a mudança de valores ideológicos inseridos no texto constitucional refletiu e alterou o panorama de todo ordenamento jurídico (ordem jurídico-constitucional) e, conseqüentemente, o próprio conceito e finalidade do processo, a fim de

---

<sup>52</sup> “Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Neste sentido, a interpretação constitucional é aquela interpretação norteadas por princípios fundamentais de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional. Impõe-se a escolha da interpretação mais adequada à teleologia, à racionalidade, à principiologia e à lógica constitucional. [...] À luz desta concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo um arcabouço axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça.” (PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. *Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança*

atender aos reclames sociais elevados ao nível constitucional<sup>53</sup>. Dessa forma, o processo foi afetado pelo fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional.<sup>54</sup>

Assim, a influência valorativa que a Constituição exerce sobre o direito processual faz como que ele represente um poderoso instrumento de solução de conflitos, cuja consequência imediata é a pacificação social. Porém, o desafio passou a consistir na aplicação de uma mudança ideológica por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem, quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.<sup>55</sup>

Esses novos paradigmas afetaram a própria ciência processual, de modo que o processo moderno deve ser visto como técnica idônea para o objeto da garantia do direito substantivo, mas agora sob a ótica constitucional<sup>56</sup>, tendo em vista as significativas mudanças internas relativas ao reconhecimento do processo como direito fundamental, bem como as mudanças externas, que conferiram ao instituto a responsabilidade de fazer valer os ideais constitucionais, possuindo na cláusula do devido processo legal sua expressão mais completa.<sup>57</sup>

*jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 63-64).

<sup>53</sup> “A democracia sob o ângulo processual pressupõe uma participação popular por meio do processo. Esse fenômeno reflete-se nas ações em que as pretensões populares são veiculadas ao Judiciário.” (FUX, Luiz. *Processo e Constituição*. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 13).

<sup>54</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 672.

<sup>55</sup> “Uma consequência natural do fenômeno consistiu no fato de que os processualistas brasileiros foram levados, mais que anteriormente, a examinar ou reexaminar problemas do processo – tanto civil quanto penal – à luz das diretrizes contidas na Constituição. Grande parte da literatura processual contemporânea revela a impregnação de valores constitucionais, a que se passou dar maior peso na interpretação dos textos processuais.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MACGREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). *Estudos de direito processual constitucional*: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48).

<sup>56</sup> Daí a ideia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e pacificação social (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 75).

<sup>57</sup> “Nesses termos, portanto, é que não se trata simplesmente de uma relação, Constituição, por um lado, processo, por outro, mas sim a construção de uma compreensão procedimentalista da Constituição como processo, como institucionalização jurídica de condições procedimentais que garantam o exercício democrático das autonomias pública e privada dos cidadãos.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 547).

Sob essas premissas, o processo ganhou uma posição de destaque, passando a ter uma relação muito íntima com o direito material<sup>58</sup>, a fim de que esse sincretismo garantisse a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva, eficiente e justa.<sup>59</sup>

Ressalte-se que as últimas reformas processuais vêm privilegiando o valor efetividade em prol da segurança jurídica, em busca de uma satisfação mais rápida do jurisdicionado. Isso porque a preocupação desmedida com a segurança jurídica ensejou desvirtuamentos processuais que comprometeram o próprio papel do processo, uma vez que o formalismo excessivo muitas vezes impedia ou dificultava sobremaneira a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, justa e tempestiva.

No direito alienígena não foi diferente, com os sistemas jurídicos enaltecendo não só o devido processo legal, mas também a efetividade e a segurança jurídica, que fazem parte dos principais ideais constitucionais buscados<sup>60</sup>. O processo contemporâneo exige, pois, que as técnicas processuais estejam atualizadas e compatíveis com as transformações sociais e jurídicas, a fim de que possam atender ao direito material questionado.

Não obstante, espera-se do magistrado um papel atuante<sup>61</sup> diante da relação jurídico-processual, especialmente nos casos de desequilíbrio entre os litigantes<sup>62</sup>, sendo que a cada reforma legislativa os poderes do juiz foram se ampliando, em uma demonstração de libertação do modelo privatístico<sup>63</sup>, criando-se, inclusive, uma calorosa discussão na doutrina

---

<sup>58</sup> Sobre a interdependência entre o direito material e o direito processual e suas consequências, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189-192.

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 113, p. 17, jan./fev. 2004.

<sup>60</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

<sup>61</sup> “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislativo ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, cit., p. 77).

<sup>62</sup> Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 9, jul./set. 1999.

<sup>63</sup> Barbosa Moreira, ao repudiar a forma de repartição de atribuições entre as partes e o juiz na era privatista, em que se cerceava a participação do juiz e se confiava às partes a condução do processo e da atividade instrutória, comenta: “Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida a mero fiscal da observância de certas ‘regras do jogo’. Projetada na tela da economia, semelhante ideia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção do processo modelada à imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65-66).

nacional<sup>64</sup> e estrangeira<sup>65</sup> acerca dos ideais do publicismo e do privatismo. No atual contexto democrático, o juiz possui o direito fundamental de participação no processo civil, já que contribui – por meio da jurisdição – para a construção da sociedade.<sup>66</sup>

Aliás, deixe-se assente que os poderes conferidos pela legislação ao juiz trazem consigo uma carga de responsabilidade<sup>67</sup> que nem sempre é reconhecida pelas partes e seus advogados, mas que, necessariamente, pesa sobre a atividade judicial<sup>68</sup>, seja por sua conduta abusiva, seja por sua conduta omissiva<sup>69</sup>. Além disso, exige-se do juiz uma atuação cooperativa no processo.

De qualquer forma, a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, já que possui o importante papel de pacificar os conflitos sociais. Sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo<sup>70</sup>, distribuindo justiça a quem efetivamente a merece e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la.

<sup>64</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 53-56.

<sup>65</sup> Toda discussão é tratada na obra: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

<sup>66</sup> O grupo de estudos constituído no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho para avaliar a transição ocorrida entre a vontade do legislador e o ativismo judicial, ao pontuar as considerações do jurista português Castanheira Neves sobre qual deveria ser o papel da lei, conclui: “Consideramos que os três modelos de classificação desse jurista demonstram uma evolução do Estado Liberal (a partir do normativismo legalista), com ênfase para as funções do Poder Legislativo, para o Estado Social (funcionalismo), com predominância das funções Administrativas e sua capacidade de promover políticas de interesse primordial da coletividade, e do Estado Social para um Estado Democrático de Direito (jurisprudencialismo), próprio de uma Sociedade pluralista, aberta aos mais diferentes valores, interessada principalmente na proteção e defesa de direitos que se consideram fundamentais para o desenvolvimento individual dos membros dessa Sociedade. Nesta Sociedade complexa, em que há tantos valores legítimos em conflito, as funções do Poder Judiciário atingem seu ápice, pois é a partir do ativismo dos juizes que os direitos são reconhecidos dentro da consciência jurídica dessa Sociedade e a constituição *material* vai sendo escrita.” (GRUPO DE ESTUDOS “A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA”. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.oei.es/n8908.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2014).

<sup>67</sup> Como alerta Humberto Dalla Bernardina de Pinho, o aumento da responsabilidade do juiz em razão do incremento de seus poderes, de acordo com o artigo 133 do Código de Processo Civil, deve receber novos matizes com o inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2005 (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral do processo civil contemporâneo*, cit., p. 64).

<sup>68</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006. p. 94. (Coleção Atlas de Processo Civil).

<sup>69</sup> “Cuidar da acentuação de poderes, no entanto, é cuidar também, e forçosamente, de acentuação da responsabilidade. Quem se investe de poderes responde pela omissão em exercê-los na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 51).

<sup>70</sup> Sobre o papel ativo no juiz na “aceleração do processo”, ver: BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, v. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

O poder de gerenciamento do processo pelo juiz vem sendo admitido e utilizado por vários ordenamentos jurídicos<sup>71</sup>, como forma de melhorar a qualidade da justiça<sup>72</sup>, até mesmo por aqueles que desconfiam desse tipo de postura ativa do magistrado<sup>73</sup>, como é o sistema norte-americano<sup>74</sup>. Assim, Inglaterra, França, Alemanha, Portugal e Itália vêm gradativamente adotando, em alguma medida, a figura do juiz gerenciador.<sup>75</sup>

Dessa forma, o juiz passa a atuar na direção do processo, utilizando-o não só como instrumento para realização do direito material, servindo à Constituição, mas inserindo no procedimento toda carga de valores previstos como garantias fundamentais. Sem essa dúplici perspectiva, o processo não se presta a socorrer o direito substancial. Ademais, autoriza-se o juiz agir com mais flexibilidade no processo, de forma a melhor atender aos anseios constitucionais contemporâneos, sem desviar da legalidade e das garantias constitucionais das partes.<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> Destaca Michele Taruffo que na maioria dos ordenamentos jurídicos comparados há tendência em fortalecer de forma simultânea e com total compatibilidade os poderes do juiz e os direitos processuais dos jurisdicionados (TARUFFO, Michele. *Investigación judicial y producción de prueba por las partes*. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, v. 15, n. 2, p. 205, dic. 2003).

<sup>72</sup> Acerca das novas tendências mundiais, ver: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (Eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007. p. 241-260.

<sup>73</sup> Sobre a evolução dos poderes do juiz na América Latina, ver: OTEIZA, Eduardo. *Civil procedure reforms in Latin America: the role of the judge and the parties in seeking a fair solution*. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 235-242.

<sup>74</sup> “[...] *Judges have described their new tasks as ‘case management’ hence my term ‘managerial judges’. As managers, judges learn more about cases much earlier than they did in the past. They negotiate with parties about the course, timing, and scope of both pretrial and posttrial litigation. These managerial responsibilities give judges greater power. Yet the restraints that formerly circumscribed judicial authority are conspicuously absent. Managerial judges frequently work beyond the public view, off the record, with no obligation to provide written, reasoned opinions, and out of reach of appellate review. [...] Management is a new form of ‘judicial activism’, a behavior that usually attracts substantial criticism. Moreover, judicial management may be teaching judges to value their statistics, such as the number of case dispositions, more than they value the quality of their dispositions. Finally, because managerial judging is less visible and usually unreviewable, it gives trial courts more authority and at the same time provides litigants with fewer procedural safeguards to protect them from abuse of that authority. In short, managerial judging may be redefining sub silentio our standards of what constitutes rational, fair, and impartial adjudication.*” (RESNIK, Judith. *Managerial Judges*. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 375-376, Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 14 jan. 2014).

<sup>75</sup> Analisando as modificações legislativas ocorridas em diversos ordenamentos jurídicos para privilegiar a efetividade da tutela jurisdicional, a razoável duração do processo, um tratamento adequado à causa, afastando o esquema rígido de tratamento das controvérsias, ver: TROCKER, Nicolò. *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 165-195. (Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

<sup>76</sup> “Em primeiro lugar, a atividade do juiz é controlada pela rede de direitos fundamentais processuais que compõem o ‘processo justo’ (v.g., contraditório, dever de motivação, juiz natural, igualdade etc.). Em segundo, a aplicação deve encontrar encaminhamento dentro do discurso jurídico, proferido este com a linguagem que lhe é própria. Não se esqueça de que a apreensão hermenêutica da realidade, inclusive a jurídica, só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela empregada. E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e



Portanto, todos esses aspectos constitucionais e processuais asseguram a ordem e o exercício dos direitos individuais e coletivos, conferindo segurança jurídica e angariando, por conseguinte, a confiança legítima dos cidadãos.<sup>77</sup>

### 1.3 Componentes da ordem processual

O direito processual, para estar em ordem, atingindo a segurança jurídica e obtendo a confiança legítima dos jurisdicionados, precisa atentar para os importantes aspectos científicos, legislativos, jurisprudenciais e culturais<sup>78</sup>, uma vez que esses elementos estão umbilicalmente interligados e, de modo isolado, não possuem o condão de impulsionar satisfatoriamente as mudanças<sup>79</sup> processuais.

---

princípios dele emanantes e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim, no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 155, p. 11, jan. 2008).

<sup>77</sup> “[...] A certeza da inviolabilidade da Constituição é a fonte da confiança no sistema normativo, que se expressa no princípio da segurança jurídica. Há de se realçar que o direito produz-se como expressão da Justiça, o que conduz à legitimidade das relações sociais. O direito tem por fim realizar o justo, conferindo à pessoa certeza objetiva em sua vivência e convivência. A Justiça busca realizar-se pela verdade, enquanto a certeza busca efetivar-se pela estabilidade. A verdade jurídica justa produz a segurança. E é a estabilidade que produz a coisa julgada, tradução de firmeza e fixidez nas decisões judiciais prolatadas pelo Estado.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit. p. 170).

<sup>78</sup> “Além da previsibilidade da lei e de sua interpretação, há de ser previsível, também, a conduta das autoridades, a quem devem os cidadãos poder depositar sua legítima confiança, não podendo ser por elas desiludidos ou enganados. Segundo Mathieu, a confiança legítima é o princípio segundo o qual a Administração (e, aqui, podemos estendê-lo também ao Estado-juiz) deve respeitar as suas próprias decisões, promessas e compromissos. Também a pesquisa sobre os fatos e, assim, a busca da verdade (ainda que relativa) surge como importante elemento da segurança jurídica, que, como todos os demais, deverá ser ponderado com o valor *efetividade* e seus componentes, como, por exemplo, a celeridade processual. E, por fim, muito embora possa também ser objeto de interpretação (e, portanto, dele se podendo extrair diferentes normas jurídicas), o texto da lei processual e sua observância exerce importante papel na concretização do valor da segurança, até mesmo como um reforço do elemento *previsibilidade*. Temos, assim, que os principais elementos que compõem ou caracterizam o valor *segurança jurídica*, e com relevância maior para a temática processual aqui proposta, são a clareza da lei e a previsibilidade do direito, aliados à estabilidade das relações jurídicas, à confiança legítima, à busca pela verdade e ao respeito ao direito processual legislado.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 196, p. 246, jun. 2001).

<sup>79</sup> “É curioso observar, no entanto, que a despeito de todo arsenal jurídico descrito, a segurança enfrenta hoje uma crise de identidade. A velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, que também contamina a interpretação do Direito, não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudezas a serem descartadas para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente. Desse modo, o debate acerca da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito aos efeitos da lei nova sobre a realidade existente quando de sua entrada em vigor, vem – sem ironia – se perpetuando no tempo.” (BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 141).

No campo científico, a academia é responsável por observar as constantes mutações sociais e valorativas, bem como o comportamento legislativo e jurisprudencial, para obter as informações e referências necessárias que sirvam de base para os estudos, discussões e ideias que possam efetivamente agregar ao direito processual para atender aos anseios dos jurisdicionados.

Além disso, é preciso que os juristas estejam atualizados com a evolução mundial do direito processual, por meio de estudos sobre o direito estrangeiro<sup>80</sup>, a fim de que soluções positivas implementadas em outros ordenamentos possam ser avaliadas e eventualmente inseridas em nosso sistema, desde que compatíveis com a nossa cultura.<sup>81</sup>

No que tange ao papel da jurisprudência<sup>82</sup> em nosso ordenamento, ele se mostra imprescindível para o alcance da segurança jurídica e da efetividade<sup>83</sup>. Se por um lado a academia e a legislação são importantes fontes de aperfeiçoamento do direito processual, é a atividade judicante que identifica concretamente os dilemas jurídicos e sociais instalados na sociedade, e direcionam, por meio do raciocínio interpretativo, as soluções que mais se aproximam do ideal de justiça.

Contudo, no Brasil, ainda não se tem a cultura de observância dos precedentes<sup>84</sup>. Por sua vez, os tribunais<sup>85</sup> – inferiores e superiores – não têm a devida cautela quando da eventual

---

<sup>80</sup> No direito português, Moreira Pinto retrata a questão da seguinte forma: “Qualquer intervenção no plano legislativo, ao menos no âmbito do processo, passará a ser salutar a partir do momento em que despertar na comunidade jurídica o senso crítico. E os operadores do direito, a partir das novas lições, precisam contribuir para uma revolução na mentalidade e no modo de conduzir e vislumbrar a relação jurídica processual. Juízes passivos, descompromissados com o resultado do processo e advogados não preparados suficientemente ao descortinar do litígio, conduzirão, sem sombra de dúvidas, a eterna ineficiência do mecanismo estatal de solução dos conflitos.” (PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 148, p. 178, jun. 2007).

<sup>81</sup> Sobre o assunto, o constitucionalista português Gomes Canotilho sintetiza o que ora se defende, de modo ímpar: “Revelem-se, também, as profundas deslocções retóricas, discursivas e metodológicas operadas no direito público pelas várias *teorias da justiça* e do *agir comunicativo* que pretendem completar, quando não substituir, a clássica teoria da constituição. Neste contexto, ‘estar *in*’ no direito constitucional é acompanhar as novas leituras dos problemas político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, económico e social. Se incluirmos no direito constitucional outros modos de pensar, poderemos fazer face ao ‘desencanto’ provocado pelo formalismo jurídico contundente, em certa medida, à procura de outros modos de compreender as ‘regras jurídicas’. Estamos a referir, sobretudo as propostas de entendimento do direito como *prática social* e os compromissos com formas *alternativas* o direito oficial como a do ‘direito achado na rua.’” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 26-27).

<sup>82</sup> Sobre o assunto, consultar: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>83</sup> “É de se ressaltar que cada vez mais se caminha para o fortalecimento da jurisprudência. A realidade da Súmula Vinculante, as Súmula Impeditiva de Recursos, o Julgamento de Causas Repetitivas, assim como a valorização das formas de uniformização da jurisprudência, até mesmo em 1º grau, é um relevante passo para que os juízes tenham mais tempo para julgar corretamente, evitando-se a realização de tarefas inúteis e, principalmente, a segurança jurídica.” (HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 336).

<sup>84</sup> “Temos convicção de que o sistemático desrespeito dos precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima

mudança de paradigma dos precedentes já estabelecidos, ensejando uma série de decisões contraditórias sobre uma mesma matéria, o que em nada contribui para a evolução do sistema jurídico, causando a insegurança<sup>86</sup> dos operadores do direito e a desconfiança dos jurisdicionados.<sup>87</sup>

Nesse passo, a jurisprudência constitui importante termômetro do funcionamento do sistema processual, já que se manifesta concretamente sobre os conflitos judicializados. Dessa forma, há imperiosa necessidade de harmonia entre os julgados, evitando-se a desordem e o descrédito no Poder Judiciário.<sup>88</sup>

Porém, a realidade brasileira é desanimadora. Vemos decisões absolutamente utilitaristas, sem respaldo científico ou técnico, e ainda uma infinidade de posições jurídicas divergentes acerca de uma mesma questão.

de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 172, p. 144, jun. 2009).

<sup>85</sup> Sobre o protagonismo social e político dos Tribunais, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

<sup>86</sup> “Não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas ou surpreendentes, em especial quando trouxerem questões novas que não foram debatidas com as partes. Como ressalta com acerto Donaldo Armelin, ‘a segurança jurídica constitui um elemento fundamental para a sociedade organizada, um fator básico para a paz social, o que implica estabilidade de situações pretéritas e previsibilidade de situações futuras. No plano da atuação jurisprudencial, a previsibilidade das decisões judiciais insere-se para o usuário da jurisdição como um fator de segurança que o autoriza a optar por um litígio ou por uma conciliação. É fundamental que quem busque a tutela jurisdicional tenha um mínimo de previsibilidade a respeito do resultado que advirá de sua postulação perante o Judiciário’. A questão transcende rapidamente o campo do processo e do próprio direito, passando a constituir verdadeiro pressuposto do desenvolvimento social e econômico de um país.” (AMARAL, Guilherme Rizzo, Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”, cit., p. 244-245).

<sup>87</sup> “É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a *uniformidade ou estabilidade da jurisprudência*. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irreduzível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão ‘revogar’ ou ‘anular’, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsáveis.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 265).

<sup>88</sup> “No Brasil, a EC 45/2004 confirmou a preocupação com a previsibilidade da interpretação constitucional, vinculando-a inclusive ao valor *segurança*, ao instituir a súmula vinculante, ressaltando a necessidade de se evitar a ‘grave insegurança jurídica’. Mas nenhum dispositivo constitucional é mais incisivo do que o art. 5º, XXXVI, que sem mencionar o termo ‘segurança jurídica’ expressamente, reconhece a importância fundamental de tal valor ao prever o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Trata-se, aqui, de preservar a estabilidade das relações jurídicas, em uma sociedade fundada, nos dizeres da própria Carta Magna, na ‘harmonia social’ (Preâmbulo da Constituição Federal de 1988).” (AMARAL, Guilherme Rizzo, Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”, cit., p. 245).

Não bastasse, os Tribunais Superiores<sup>89</sup>, principais responsáveis pela uniformização da jurisprudência, também alteram constantemente seus julgados, muitas vezes casuisticamente e sem uma ampla discussão ou um critério bem definido, causando uma insegurança jurídica que afeta todo o Poder Judiciário e ainda tumultua os feitos em andamentos, e até mesmo os já encerrados, dificultando, em última análise, o controle pelos jurisdicionados da atividade dos tribunais.

Além disso, vê-se com frequência a situação de, numa mesma câmara, seção ou turma, os componentes terem entendimentos jurídicos diferentes, sem considerar, inclusive, os precedentes da própria corte.

Ora, salvo melhor juízo, os colegiados se justificam, dizendo que os posicionamentos individuais, após amplo debate, são substituídos por uma decisão conjunta, com a participação de todos os membros, o que, em princípio, deveria impedir que futuros julgamentos fossem de encontro com o já decidido, com o julgador voltando a julgar individualmente, insistindo em seu entendimento minoritário. Essa forma de condução dos trabalhos, entretanto, não contribui para um sistema jurídico saudável, harmonioso e seguro.

Desse modo, ainda que o magistrado seja contra a conclusão majoritária, deve adotar o precedente para não comprometer a credibilidade de todo ordenamento jurídico, trazendo consequências internas e externas, atrapalhando investimentos e a própria legitimidade do sistema.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar a tendência cada vez maior dos tribunais em monocratizar exageradamente as decisões, em afronta ao princípio da colegialidade, retirando da parte o direito de ter suas questões litigiosas enfrentadas por uma composição experiente de magistrados.

Ressalte-se, por fim, que os próprios julgamentos nos tribunais são feitos de forma duvidosa, quando os processos são votados apenas por seus números, ou, o que é pior, por blocos de números, sem qualquer constrangimento com as partes e advogados presentes ao local, frustrando a expectativa de quem espera do órgão superior uma análise judicial mais criteriosa, especialmente quando se trata da “causa de suas vidas”.

---

<sup>89</sup> “A função constitucional do STF e do STJ fica comprometida pela intensidade de divergência jurisprudencial *interna corporis* provocada por estes mesmos tribunais. Isso porque, em vez de funcionarem como tribunais que deem ensejo à uniformização do entendimento relativo à norma constitucional ou federal, ao manterem profunda e insistente discrepância acerca de determinadas questões jurídicas, referidos tribunais proporcionam justamente o resultado oposto, qual seja a insegurança e intranquilidade acerca de como deve ser interpretada uma norma constitucional ou federal.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, cit., p. 151).

Não obstante, há uma falta de transparência, com o público em geral, mas em especial com as partes, quando estabelecem prévia e reservada comunicação entre os julgadores, que, por vezes, vão para as sessões com os resultados já definidos, fazendo do ato público um verdadeiro teatro.

Reconhece-se que o incremento das demandas judiciais está acima das expectativas e que não está sendo comportado a contento pelo Poder Judiciário, que precisa encontrar soluções pragmáticas para tentar cumprir seu papel.

Contudo, é preocupante quando práticas irregulares e provisórias se tornam definitivas pelo simples conformismo dos operadores do direito, que se veem impotentes diante dos novos hábitos adotados pelos tribunais, sem qualquer consulta ou debate prévio com os principais interessados.

Por fim, cumpre tecer algumas considerações sobre a importância das questões culturais, em especial para o processo.

A cultura de um ordenamento engloba os ideais, os valores e as normas que são compartilhadas por um grupo social<sup>90</sup>. Assim, a história, as experiências e os hábitos de um povo se relacionam intimamente com o modelo jurídico de um país e, conseqüentemente, com seus reflexos processuais.

Nesse passo, a ciência, a legislação e a jurisprudência são apenas alguns dos elementos que identificam, ao lado de outros importantes componentes, a complexa e grandiosa estrutura judiciária brasileira.

Isso porque, para o bom funcionamento da Justiça, deve haver um conjunto sincronizado de comportamentos e valores de todos os integrantes do sistema, garantindo a compreensão e legitimação necessárias à sua qualidade e efetividade.

De início, há de se mencionar a formação e a desenvoltura dos operadores do direito. O crescimento desenfreado de faculdades de direito afetou significativamente a qualidade dos profissionais que se formam a cada ano. Seja pelo descaso das instituições de ensino, seja pela falta de fiscalização rigorosa do Poder Público, observa-se no cotidiano forense advogados, juízes, promotores, defensores públicos, estagiários, estudantes e servidores que, além de não possuírem a adequada qualificação técnica, ainda desrespeitam as solenidades dos atos e de tratam o próximo, isso quando não se negam categoricamente a prestar o serviço para o qual foram destinados.

---

<sup>90</sup> TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

As questões relativas à organização judiciária<sup>91</sup> também deveriam pautar os estudos, as estatísticas e a preocupação dos dirigentes dos órgãos públicos – não só os do Poder Judiciário, responsáveis pela grande maioria dos serviços jurídicos, mas também do Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, dentre outros –, tanto em relação ao aperfeiçoamento dos servidores, como em relação a uma gestão mais profissional de serviços, materiais, logística e recursos financeiros, oferecendo à sociedade um atendimento melhor e mais eficiente.<sup>92</sup>

Registre-se aqui o importante papel que o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle externo, vem desempenhando na modernização e fiscalização dos entraves da Justiça, na qualidade da gestão administrativa e técnica do Poder Judiciário, inclusive na distribuição de seus recursos financeiros, bem como na responsabilização dos atos de seus integrantes.<sup>93</sup>

Por sua vez, a maioria dos profissionais do direito não acompanha as alterações jurídicas e administrativas, criando obstáculos injustificados à sua aceitação, o que também dificulta o bom desenvolvimento da Justiça. Sabe-se que a mudança de hábitos passa por desconfianças e por um longo amadurecimento, seja pela própria resistência humana de aceitar novidades, seja pela falta de credibilidade no que se pretende implantar, mas isso não pode ocorrer a ponto de inviabilizar as necessárias evoluções.

O campo processual é fértil na implementação de mudanças no cotidiano forense. Em primeiro lugar, há um movimento mundial de se tentar reduzir a cultura da judicialização dos conflitos sociais, que poderiam ser perfeitamente solucionados em outra esfera. Para isso servem os meios alternativos de solução de conflitos, embora ainda pouco explorados. A

---

<sup>91</sup> Sobre as diferentes formas de organização judiciária, ver: CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (Eds.), *Civil litigation in comparative context*, cit., p. 106-163.

<sup>92</sup> “A verdadeira reforma do Poder Judiciário começará a acontecer quando os responsáveis por seu funcionamento se derem conta da necessidade de modernizar e reorganizar seus serviços. O que lhes falta, e por isso os torna caóticos, é a adoção de métodos modernos de administração, capazes de racionalizar o fluxo dos papéis, de implantar técnicas de controle de qualidade, de planejamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento do pessoal em todos os níveis do judiciário. Essa reforma não depende de esforço legislativo e só se viabilizará quando confiada a técnicos fora da área jurídica, ou seja, a técnicos de administração. Daí o fracasso de todos os exercícios até hoje realizados no plano puramente jurídico e normativo.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 38. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

<sup>93</sup> “Tem-se, pois, que as reformas processuais não têm o condão de garantir a efetividade do processo enquanto persistirem o anacronismo da máquina judiciária; a falta (ou má utilização) de recursos financeiros; a ‘burocracia dos carimbos’; a mentalidade cartorial; a insuficiência do número de juizes; a ausência de planejamento; a adoção de modelo de gerenciamento ultrapassado; as facilidades para a utilização indevida dos benefícios da assistência judiciária; a falta de técnica de muitos textos legais etc.” (LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, Josão Batista. *Princípio da efetividade*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 250).

utilização dessas outras vias deve ser incentivada por todos os profissionais do direito, especialmente antes do conflito ser levado a juízo; depois de judicializado, compete ao juiz estimular a utilização de meios alternativos de composição justa dos conflitos, mediante mecanismos aptos a tal fim. Trata-se, como se vê, de um dever do magistrado<sup>94</sup> combater a cultura da litigiosidade, de incentivar outras formas de solução das pendências e de combater o desvirtuamento da função judicial do Estado, atribuindo uma leitura contemporânea do acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV, da CF.

A desjudicialização das controvérsias e a autocomposição pelas partes do processo já são uma realidade nos grandes sistemas processuais, como forma de resolver os problemas estruturais da Justiça, mas, acima de tudo, como meio de se atingir uma satisfação mais plena dos envolvidos nos conflitos, destacando-se, nesse último caso, os benefícios da mediação na pacificação social, já que essa técnica se aprofunda nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas, trazendo mais legitimidade aos ajustes e mais chance de acabar em definitivo com o dilema estabelecido.<sup>95</sup>

Ocorre que o fato de o Poder Judiciário ter sido o órgão constitucionalmente designado para a solução dos litígios não significa que somente ele tenha responsabilidade pela pacificação social. Não por outro motivo, o próprio preâmbulo da Constituição da República, ao instituir o Estado Democrático, inclui, dentre os seus objetivos, o comprometimento “*com a solução pacífica das controvérsias*”, sem distinção entre os três Poderes da União, ou seja, o Executivo, o Judiciário e o Legislativo. Sendo assim, a todos compete assegurar a existência de uma sociedade fraterna, por meio da implementação de medidas destinadas à garantia da ordem pública interna e internacional.

Ademais, diversos mitos e formalidades processuais precisam ser descartados para que o Poder Judiciário possa funcionar de modo mais eficaz. Para tanto, importantes técnicas vêm sendo inseridas em nossa legislação processual, como a possibilidade de flexibilização do procedimento.

---

<sup>94</sup> “Presentemente, não há mais espaço para o juiz neutro, asséptico, indiferente aos reclamos e às grandes transformações sociais, esperando-se desse operador do Direito a conscientização de seu papel transformador da realidade injusta e opressiva que grassa a sociedade, assim libertando-se da *persona* de um conformador e mecânico aplicador da norma aos fatos da lide. Até porque, sobretudo nos conflitos de largo espectro, pode dar-se que o ordenamento positivo não preveja, especificamente, uma norma para o caso *sub judice*, como se passa com a cláusula que permite a judicialização de ‘*outros interesses difusos e coletivos*’ – CF, art. 129, III – ensejando o acesso à Justiça de novos valores e novas necessidades emergentes na contemporânea sociedade, massificada e competitiva.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103).

<sup>95</sup> Sobre a tendência mundial de incentivo à mediação, ver: FERRAND, Frédérique. La conception du procès civil hors de France. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 289.

Tem-se, ainda, a instituição do processo eletrônico, que demandará uma brusca adaptação tecnológica e psicológica da comunidade jurídica, que terá de se desapegar do uso do papel para aderir a um modo mais rápido e moderno de ver, localizar, produzir e controlar os atos processuais.<sup>96</sup>

Outrossim, a implementação de novas técnicas de solução de conflitos coletivos ou massificados vai demandar grande especialização dos operadores do direito e um adequado tratamento pelo próprio Poder Judiciário.

Por sua vez, não se pode esquecer que o processo de execução das decisões judiciais também precisar estar atualizado com as evoluções jurídicas e tecnológicas, para proporcionar ao jurisdicionado a entrega completa da prestação jurisdicional pretendida.

No aspecto subjetivo, exige-se que a comunidade jurídica, além da mudança de mentalidade, também esteja atenta à necessidade de comportamentos coerentes e leais, sob pena de responsabilização por eventual ausência de boa-fé processual, uma vez que esse fator ético também contribui para uma Justiça ineficiente.

Na área legislativa, sabe-se que o aparato legislativo de um ordenamento representa as regras de conduta de uma sociedade, ou seja, regulamenta o comportamento humano dos integrantes de um Estado de Direito, sustentando, de forma incondicional, a Carta Constitucional. As normas devem abranger, se não todas, mas a grande maioria das situações fáticas passíveis de ocorrência em uma comunidade social, evitando-se que violações de direitos fiquem desprovidas de amparo legislativo e, por consequência, de respaldo jurídico.

Além disso, as normas têm de ser atuais e acompanhar a evolução social e os novos direitos que nascem a cada dia. Contudo, as alterações legislativas devem ser pontuais, necessárias e adequadas, e não podem ser banalizadas, seja quantitativa ou qualitativamente, sob pena de se instalar a insegurança jurídica ou o descrédito social.

No aspecto formal, as leis devem ser simples, claras e objetivas, evitando as inúmeras interpretações pelos operadores do direito. A atividade interpretativa<sup>97</sup> pode, inclusive,

---

<sup>96</sup> “A informatização é desejável e dela pode a justiça retirar um grande proveito, desde que ela não se torne instrumento de desumanização do processo e de aprofundamento do fosso que com tantas lutas o Estado de Direito Contemporâneo conseguiu superar, graças ao exercício da colaboração e da solidariedade, incentivadas pela expansão da eficácia das garantias fundamentais do processo.” (GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coord.). *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 36).

<sup>97</sup> Sobre a diferença da interpretação legal e judicial, ver: VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6. ed. Roma; Bari: Laterza, 2009. p. 154.



considerar a *mens legis*, identificando os valores do legislador e individualizando o significado racional, correto e justo da lei para solucionar o conflito judicial.<sup>98</sup>

Não bastasse, o nosso ordenamento, além da cultura legiferante, contém cada vez mais normas abertas e as chamadas cláusulas gerais, de conceito vago e impreciso<sup>99</sup>. No início, essa novidade gerou certa desconfiança e insegurança jurídica, pois os operadores do direito, que ainda estavam se adaptando a lidar com princípios<sup>100</sup> e com as regras de hermenêutica, ficaram sem critérios objetivos para o preenchimento do conteúdo desse tipo normativo. Porém, reconheceu-se, posteriormente, que essa técnica legislativa visa justamente a atender às peculiaridades do caso concreto, em nome de uma jurisdição específica e eficaz.<sup>101</sup>

A experiência estrangeira também pode oferecer interessantes ferramentas legislativas, mas o ordenamento importador deve ter o cuidado de verificar a exata conformação da lei estrangeira ao nosso sistema e, ainda, adaptá-la, quando necessário, às nossas particularidades legislativas, políticas, jurídicas, econômicas e sociais.

<sup>98</sup> BONGIOVANNI, Giorgio. *Constitucionalismo e teoria del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2005. p. 152-160.

<sup>99</sup> “Se, com leis formuladas axiologicamente e traduzidas excessivamente em cláusulas gerais e normas vagas, caberá ao juiz de fato definir o sentido e alcance da lei, na verdade só se firmará o teor da norma legal depois que o julgador atribuir-lhe o resultado que entender de conferir-lhe. A lei, na realidade, só existirá como preceito depois que o juiz completar a normatização apenas iniciada pelo legislador. O jurisdicionado somente virá a conhecer a regra de cuja violação é acusado depois de julgado pela sentença. Isto representa, em termos crus, uma verdadeira eficácia retroativa para a norma. Se ela só se fez completa e inteligível após o julgamento do fato, a consequência é que a norma tal como foi aplicada não existia ao tempo da ocorrência do mesmo fato. Ou, pelo menos, o seu destinatário somente a pôde conhecer, em toda extensão, depois da sentença. Para que essa injustiça não seja cometida é indispensável que a norma não seja excessivamente em branco, nem seja imprevisível quanto ao modo e aos limites de preenchimento de sua previsão genérica. Pode-se legislar deixando margem de flexibilidade para adaptar-se às particularidades do caso concreto. Mas, em nome da legalidade e da segurança jurídica com que a legalidade se acha visceralmente comprometida é imperioso que o legislador, ao empregar a flexibilidade da cláusula geral, indique de forma clara e precisa os padrões e os limites da atividade complementar do juiz. Vale dizer, a cláusula geral, só é legítima e democrática quando o legislador indica os parâmetros em que, na aplicação, terá de apoiar-se e quais limites dentro dos quais a norma admitirá flexibilização. Em outros termos, a lei terá de proporcionar às pessoas destinatárias de seu preceito o conhecimento e a compreensão do seu teor e dos seus limites.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 5-6. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

<sup>100</sup> “Se ‘a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal’, é também verdade que, por trás de tais princípios (contraditório, ampla defesa etc.), estão valores que lhes são inerentes. Pode-se afirmar que os princípios constituem um estado de coisas desejado a partir de uma determinada composição valorativa.” (AMARAL, Guilherme Rizzo, *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*, cit., p. 239-240).

<sup>101</sup> “De pronto depreende-se que, se o processo garante a jurisdição que ele operacionaliza, restringe, materializa, *específica* e torna *eficaz*, do que decorre o seu caráter de *instrumentalidade*, *garantia primeira*, finalisticamente o processo é garantia da *segurança jurídica* que resulta da *garantia primeira*. É a *garantia segunda*. É de nenhum valor o garantir a jurisdição se não se garante fazê-la *específica*, *eficaz*, ou seja, realizada na situação fática que a fez provocada, sem alcançar a *segurança jurídica*. Não se diga fazê-la *efetiva*, sim *específica* e *eficaz*.” (GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 67).

Por outro lado, a lei nova não pode retroagir para alcançar relações jurídicas pretéritas e já consolidadas no tempo. Por isso, o princípio da irretroatividade da lei também configura um importante aspecto da segurança jurídica, de modo que nem mesmo as denominadas leis de ordem pública ficariam excluídas dessa observância.<sup>102</sup>

O direito processual civil, desde o advento do Código de 1973, vem sofrendo inúmeras modificações legislativas, visando à sua conformação aos preceitos da Constituição de 1988 e o atendimento à dinâmica social<sup>103</sup>. Instituído antes da Constituição de 1988, o Código de Processo Civil (CPC) precisou se moldar valorativa, formal e materialmente aos preceitos constitucionais, garantindo, assim, a sua adequação ao sistema jurídico.

Não obstante, o direito processual civil, antes formalista para privilegiar a segurança jurídica, foi pressionado a atender às novas demandas sociais e conferir efetividade aos direitos e garantias individuais, o que também motivou algumas alterações legislativas.

Esses fatos indicaram a defasagem do CPC em vigor e justificou a necessidade de se criar um modelo mais contemporâneo e condizente com os anseios constitucionais e sociais.<sup>104</sup>

Sabe-se que a elaboração de um novo modelo processual passa necessariamente pela análise dos principais obstáculos à melhoria da Justiça. No topo da lista está a falta de celeridade dos juízes brasileiros e de prontidão das decisões judiciais, ensejando o desprestígio de todo o Poder Judiciário e o rótulo de uma Justiça denegada e ultrapassada. Em razão disso, foi formada uma Comissão de Juristas liderada pelo ministro Luiz Fux para identificar os gargalos da Justiça e tentar modernizar o CPC, com técnicas que foram ao longo

---

<sup>102</sup> “O argumento de que a proteção constitucional não seria oponível às chamadas leis de ordem pública fundava-se na ideia de superioridade do interesse público – supostamente veiculado pela lei de ordem pública nova – sobre o individual, que consistiria na posição do indivíduo titular do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito. Esse ponto de vista não deve prevalecer, por um conjunto de razões. Em primeiro lugar, a oposição descrita acima não é verdadeira. Não se trata de um conflito entre um interesse público e um individual, pois também a proteção dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos (além da coisa julgada) corresponde a um interesse público da maior importância, ao qual o constituinte inclusive atribuiu o *status* de cláusula pétrea. Ademais, como definir o que é ‘ordem pública’, especialmente considerando que, já há muito, os limites entre o Direito Público e o Privado deixaram de existir com nitidez? Praticamente qualquer tipo de disposição normativa pode receber, com conforto, essa espécie de rótulo. Por fim, o próprio dogma da supremacia do interesse público encontra-se hoje em crise. Já não é mais possível compreender o interesse público como um conceito abstrato, sem titulares, difusamente associado à ideia de razões de Estado e desvinculado dos indivíduos e de seus direitos.” (BARROSO, Luís Roberto, Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit. p. 148).

<sup>103</sup> Sobre a evolução das reformas processuais no Brasil, ver: PANTOJA, Fernanda Medina. *Reformas processuais: sistematização e perspectivas. Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 160, p. 87-114, jun. 2008.

<sup>104</sup> Interessante trabalho sobre as diversas modificações ocorridas na lei processual após a Constituição de 1988, a justificar a implementação de um novo CPC: GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. As recentes

do tempo se concretizando na prática forense, especialmente na jurisprudência, e, ainda, agregando técnicas estrangeiras compatíveis com o nosso ordenamento jurídico.

Assim, diante do problema da morosidade da justiça, os desafios da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil foram justamente resgatar não só a imagem do Judiciário, mas a satisfação dos jurisdicionados, mediante o aprimoramento das técnicas processuais que permitam a entrega de uma prestação jurisdicional compatível com os novos direitos e por meio de mecanismos cada vez mais eficientes.

O projeto para um novo CPC também inovou ao trazer, logo no seu início, um rol de artigos relativos aos princípios e garantias do processo civil, exteriorizando as premissas basilares que devem pautar o direito processual, todos, obviamente, frutos da ideologia constitucional que refletiu sobre a matéria após 1988.<sup>105</sup>

Não bastasse, a simplificação e a organização do sistema também foram metas seguidas no intento de se instituir um CPC que confira o maior rendimento possível a cada processo e ainda consiga munir o juiz de instrumentos que possibilitem decisões mais adequadas à causa, reduzindo algumas complexidades desnecessárias.<sup>106</sup>

Outrossim, a Comissão tentou a harmonização entre os princípios constitucionais da segurança jurídica e o da eficiência.

Essas diretrizes visaram a remodelar o nosso sistema processual, para que a rigidez do processo desse espaço à possibilidade de modulação do procedimento, quando a hipótese exigisse, conferindo uma maior efetividade às técnicas processuais e, por conseguinte, à função julgadora do Estado, em benefício dos jurisdicionados.

Portanto, todas essas circunstâncias – técnicas e pessoais – devem atuar em conjunto para que se tenha uma prestação jurisdicional de qualidade e que atenda ao princípio da duração razoável do processo de que trata o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição, proporcionando a segurança jurídica aos que recorrem ao Judiciário, fonte última, e por isso mais responsável, do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais.

Feitas essas observações, passa-se a abordar o tema de modo mais específico, concluindo-se o trabalho com a análise dos variados reflexos que essas diferentes “ordens” mencionadas projetam no direito processual.

---

reformas processuais civis contemporâneas: sintonia do direito processual e direito constitucional. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 139-165.

<sup>105</sup> “A supremacia da Constituição Federal na atividade hermenêutica é tônica da moderna constitucionalização do processo, tanto que a proposta de criação do novel Código de Processo Civil estrutura-se com uma parte geral na qual se inserem os princípios que devem nortear a atividade judicante.” (FUX, Luiz, *Processo e Constituição*, in *Processo constitucional*, cit., p. 8).

<sup>106</sup> Ver artigo de nossa autoria: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 208, p. 275-294, jun. 2012.

## 2 ORDEM PÚBLICA

### 2.1 A ordem pública contemporânea

A sociedade e o direito<sup>107</sup> não vivem sem ordem, pois é ela que torna possível a convivência social e sua evolução. A ideia de ordem, assim, acompanha a própria formação social, ao mesmo tempo que é responsável pela sua unidade.

A noção de ordem, por isso, é inerente ao estudo das ciências, e em especial a ciência do direito, que impõe as regras de conduta<sup>108</sup> a serem seguidas para o alcance da estabilidade social.

Por sua vez, a ordem pode ser considerada em contextos macros ou específicos, sendo ambos relevantes para a garantia do sistema jurídico como um todo. Dessa forma, para a ciência do direito, a ordem só é atingida se houver um diálogo de fontes, capaz de harmonizar de forma coerente os valores que regem um ordenamento jurídico.<sup>109</sup>

Esses elementos científicos e valorativos servem para regular e estabelecer o que se denomina de ordem pública.<sup>110</sup>

Nesse contexto, o direito, como meio de se alcançar a ordem pública, assume sua relevância, pois é a ciência responsável por regular, resolver e conferir os valores, o controle e a segurança jurídica às relações sociais.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> “O Direito, sob qualquer prisma que se considere, é sempre uma expressão de ordem, mas de ordem a que é inerente uma intencionalidade: a de ser de ordem justa [...] A ordem jurídica é, assim, por exigência de sua própria natureza, uma composição inteligente de estabilidade e movimento.” (REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. rev. e aum. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292).

<sup>108</sup> “O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser *formalmente válida e socialmente eficaz*.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113).

<sup>109</sup> “O Direito, por conseguinte, é sempre ordem, equilíbrio, composição harmônica de forças, em uma integração de valores. Eis porque dizíamos, de início, que é próprio do Direito conjugar a estabilidade com o movimento, assim como, paralelamente, não pode prescindir da forma (condição de garantia e estabilidade), nem do conteúdo social (condição de eficácia e de perfectibilidade na realização dos valores sociais).” (REALE, Miguel, *Horizontes do direito e da história*, cit., p. 292).

<sup>110</sup> Distinguindo a ordem pública da ordem jurídica, Sady Cardoso de Gusmão adota as lições de Lazzaro, que reproduziu expressões de decisão da Cassação Italiana, e define “a ordem jurídica como sistema abstrato, enquanto o conceito de ordem pública é essencialmente relativo e histórico, que varia conforme cada ordenamento ou organização jurídica, no espaço e no tempo” (GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Ordem*. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35, p. 222).

<sup>111</sup> “No universo da ordem pública estão situados, como demonstrados os seus componentes: a) ordem social; b) ordem política; c) ordem cultural; d) ordem econômica; e) ordem jurídica.” (DELGADO, José Augusto. *A ordem pública como fator de segurança*. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 9, v. 32, p. 27, maio/jun.. 1985).

A ordem pública pode ser avaliada de diversas formas, como um metavalor, um princípio<sup>112</sup>, uma técnica ou uma instituição<sup>113</sup>. Pode estar relacionada ao Estado de Direito, aos interesses gerais da sociedade, às mudanças legislativas, ao tipo de ramo do direito e/ou sua evolução, dentre outras. Por isso, vários campos das ciências humanas tratam do assunto, como a sociologia, a filosofia, a ciência política e o direito, cada qual imprimindo a sua forma particular de abordagem e de tratamento do que entendem por ordem pública.<sup>114</sup>

Por outro lado, a ordem pública<sup>115</sup>, entendida como fonte de enunciados de valores fundamentais, pode conter um núcleo único que assenta sobre o nosso Estado Democrático de Direito, mas que deverá ser compreendido além do espaço governamental e introduzido como elemento inerente à própria democracia. Daí a conclusão de que não há uma relação direta entre ordem pública e um determinado modelo de Estado de Direito, embora as questões históricas, jurídicas, políticas, econômicas<sup>116-117</sup> e culturais possam certamente influenciar os contornos do instituto.

---

<sup>112</sup> “Não obstante, entende-se que, melhor de todas as sugestões doutrinárias, temos aquela que considera possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política.” (MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum: conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Maringá, PR, v. 2, n. 1, p. 259, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/427/346>>. Acesso em: 20 jan. 2014).

<sup>113</sup> Na definição de Ráo: “[...] o conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum e as relações que elas visam regular, constituem o *instituto jurídico*.” (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 252).

<sup>114</sup> “Em síntese: a Sociologia Jurídica estuda o direito como fato social. A Dogmática Jurídica (Ciência do Direito em sentido estrito) se ocupa da norma jurídica e sua aplicação aos casos particulares. E a Filosofia Jurídica investiga os princípios fundamentais do direito, como norma, poder, realidade, valor ou conhecimento [...] correspondem, assim, a três perspectivas diferentes, que não se excluem, mas, ao contrário, se completam. E contribuem para o melhor conhecimento da realidade jurídica em suas múltiplas dimensões.” (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 586).

<sup>115</sup> “A ‘ordem pública’, na acepção ampla da palavra, compreende, em todos os Estados, também o princípio da moral humana e social, tais como eles são entendidos e professados nos mesmos Estados, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana, e às liberdades às quais nem as instituições positivas, nem o Governo, nem os atos da vontade podem estabelecer derrogações válidas e obrigatórias para esses Estados.” (OLIVEIRA FILHO, João de. Ordem pública. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35, p. 251).

<sup>116</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Acerca del orden publico económico: análisis de un caso real. *Revista de Derecho*, Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ano 58, n. 188, p. 107-117, jul./dic. 1990. Disponível em: <[www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2380](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2380)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

<sup>117</sup> A ordem pública como limite societário: NGUIHE KANTE, Pascal. Le caractère d’ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, Dalloz, v. 63, n. 1, p. 1-28, janv./mars 2010.

Como se observa, a complexidade que envolve o estudo do termo e significado de “ordem pública” faz dela motivo de diferentes abordagens e conclusões, tornando difícil a sua compreensão.<sup>118</sup>

Na verdade, a ordem pública admite conceituação<sup>119</sup>, mas não pode ser definida. Isso porque o conceito admite contestação, acréscimo ou mudança em seu objeto, distinguindo-se do termo. Já a definição imprime um caráter definitivo e delimitador ao termo em análise, manifestando a compreensão sobre um conceito, constituindo uma verdade universal, o que não é a hipótese.

Dito isso, tem-se que a ordem pública pode ser conceituada como sendo um estado de coisa fundamental à estabilização das relações humanas e que imprime a sensação de segurança e de controle das relações sociais pelo Estado<sup>120</sup>, por meio de regras de obediência que devem ser observadas por todos, sendo, pois, imprescindível à legitimidade e à legitimação do poder estatal<sup>121-122</sup>. Como se vê, a ordem pública que qualifica esse estado de coisas possui conteúdo constitucional.<sup>123</sup>

<sup>118</sup> “Cremos que um dos motivos da equivocidade da expressão ‘ordem pública’ deva-se, em grande medida, aos elementos que a compõem. Tanto a ideia de ‘ordem’ como a ideia de ‘público’ são conceitos controvertidos, objeto de estudo e reflexão desde Filosofia Antiga até a contemporaneidade.” (ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 908, p. 266, jun. 2011).

<sup>119</sup> “O conceito é antigo e de trânsito internacional. Trata-se de uma cláusula geral, de conteúdo elástico e variável, que tem levado os autores a se referirem a ela como um conceito indeterminado *a priori*, e mesmo indefinível. Não obstante, é possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 46).

<sup>120</sup> “Afim, o que se verifica é que o termo ‘ordem pública’ se torna para os juízes e autoridades um motivo para negarem autorização para a realização de determinados atos, ou para anularem a sua realização, toda vez que julgarem serem eles incompatíveis com os princípios fundamentais do Estado, dos quais sejam órgãos do Poder.” (OLIVEIRA FILHO, João de, Ordem pública, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, cit., v. 35, p. 264).

<sup>121</sup> “Vê-se, pois, que o conceito de Direito implica, outrossim, o elemento *Poder* (donde dissermos que é uma realidade *ordenada*, ou, por outras palavras, uma *ordenação*), assim como o de *sociedade*: é o Direito *vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência*. Temos, assim, de maneira geral, a sociedade como condição do Direito, a Justiça como o fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização.” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 607).

<sup>122</sup> “Uma teoria jurídica do controle de comportamentos cuida, portanto, não apenas da organização ‘jurídica’ do exercício do poder, mas também, e sobretudo, dos mecanismos ‘políticos’ que dão àquele exercício uma caráter efetivo no sentido de capacidade de suscitar obediência. Ela faz da Ciência do Direito um conhecimento que se liberta dos quadros estritos da mera exegese, como se o Direito fosse apenas um *dado* que competia ao jurista examinar. Ela vai mais adiante e exige uma concepção do direito como uma verdadeira técnica de intervenção, algo que não está pronto mas está sendo constantemente construído nas interações sociais.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 18. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101).

<sup>123</sup> “Há, pois, um consenso de que a ordem pública se relaciona com os princípios que informam o ordenamento jurídico, sobre os quais as partes não têm disponibilidade, nem tampouco os órgãos jurisdicionais, quando solucionam os conflitos jurídicos.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Homologação de sentença estrangeira*:

Com efeito, a ordem pública constitui um conceito jurídico indeterminado<sup>124</sup> cuja noção vem sendo construída a partir da evolução constitucional e suas decorrentes implicações legais, doutrinárias e jurisprudenciais. Trata-se, pois, de cláusula geral em branco, delimitada por uma interpretação constitucional e justificada de forma objetiva e razoável<sup>125</sup>. Pode-se falar, inclusive, de uma ordem pública constitucional.

Sendo assim, a ordem pública, qualificada como um estado de coisas, não possui caráter normativo e nem supra ou metalegal. Portanto, não se trata de uma regra, de um princípio, de um valor, de uma técnica e nem de uma instituição<sup>126</sup>, mas sim de uma circunstância que aflora a partir do adequado funcionamento do sistema social, político e jurídico. Esse estado de coisas deve ser buscado e controlado.<sup>127</sup>

Destarte, a ordem pública é imprescindível à existência de qualquer sociedade civil e de qualquer modelo de Estado de Direito, já que responsável pelo equilíbrio e pela convivência harmoniosa da sociedade, por atuar como fonte de inspiração, de obediência e de controle, fazendo, pois, com que o direito tenha um papel fundamental no seu alcance.<sup>128</sup>

No campo da inspiração, incluem-se os aspectos valorativos, do discurso ético, que conferem a legitimidade necessária para a sua existência.

No âmbito da obediência, a ordem pública se manifesta como o eixo de segurança jurídica com força coercitiva, própria do direito, capaz de interferir e limitar os direitos fundamentais e as liberdades públicas, mediante meios adequados à paralisação de eventuais

ofensa à ordem pública. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 5, nov./dez. 2006).

<sup>124</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 27.

<sup>125</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 59-67.

<sup>126</sup> Gisele Góes, apoiada nos ensinamentos de Horacio de La Fuente, conclui: “A ordem pública é uma instituição que tem como objeto os interesses gerais – como interesses de toda a sociedade – que se apresentam como o bem jurídico a ser tutelado. Por isso, deriva da ordem pública-instituição a ordem pública-objeto, que são esses interesses gerais, cuja condição é de termo jurídico indeterminado, desdobrado em cada caso pelos agentes autorizados – os legisladores e juízes, em razão dos fundamentos dominantes num específico momento histórico. [...] O bom funcionamento da ordem pública-instituição só flui, por intermédio do desencadeamento dos efeitos previamente dispostos pelo sistema, via ordem pública-objeto, tais como a imperatividade de certas normas, inderrogabilidade, invalidade dos atos etc.” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 46).

<sup>127</sup> “Tal como no mecanismo imunológico dos organismos vivos, opera a Ordem Pública pela rejeição dos corpos estranhos que possam afetar o equilíbrio do sistema em causa. Trata-se, à evidência, de um mecanismo defensivo, e é essa a sua finalidade. Que a Ordem pública visa defender? É questão que só comporta uma resposta, de ordem geral: a coerência do sistema jurídico [...]” (BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 355, p. 96, maio/jun. 2001).

<sup>128</sup> “Assim, mesmo que se veja a ordem pública como uma situação e um estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas atividades e os cidadãos se portam de modo respeitoso, não deve ser confundida com ordem jurídica, não obstante seja ela uma ‘consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada’.” (DELGADO, José Augusto, A ordem pública como fator de segurança, cit., p. 23).

ilegalidades. São as regras de conduta impostas pelo ordenamento jurídico visando à ordem necessária à convivência em sociedade<sup>129</sup>. Aliás, juridicamente, a função limitadora da ordem pública assume papel primordial.

Por fim, a ordem pública atua como forma de controle de qualquer ato que tente macular a estabilidade, a regularidade e a previsibilidade jurídicas, ensejando as consequências previstas no ordenamento, protegendo, assim, a integridade e a regularidade dos atos.<sup>130</sup>

Em outros termos, a inspiração é o aspecto valorativo justificador, baseado no discurso ético, que envolve o instituto e que deve ser buscado. A obediência implica a aceitação e acatamento das regras para o funcionamento de qualquer sistema jurídico. O controle atua como o poder de polícia, de intervenção ou de restrição das faculdades de agir, o que, por óbvio pressupõe a coexistência dessas últimas.<sup>131</sup>

Observa-se, pois, que essas três balizas (inspiração, subordinação e controle) estão lastreadas em fortes interligações políticas (conveniência e oportunidade), normativas (leis), jurídicas (decisões judiciais) e sociológicas (opinião pública). Em uma justificação filosófica, não basta a presença isolada da ciência, da técnica, do pragmatismo, da argumentação, da justiça (subjéctiva), da segurança jurídica, do consenso e da equidade, já que todos esses itens<sup>132</sup> são fontes legítimas e necessárias à obtenção da ordem pública e da justiça.<sup>133</sup>

Além disso, a ordem pública possui uma faceta estática<sup>134</sup> e outra dinâmica<sup>135-136</sup>. Estática porque, na qualidade de estado de coisas que inspira, subordina e controla, sua

<sup>129</sup> “O Estado, sujeito de direitos e de obrigações, garante o equilíbrio entre a ordem pública e do pleno exercício de direitos. O Estado necessita de paz social, de ordem pública preservada e de liberdade para os cidadãos.” (SILVA, Leila Maria Bittencourt da. A defesa do Estado e a ordem pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 101, v. 379, p. 413, maio/jun. 2005).

<sup>130</sup> “O termo ‘ordem pública’ entra nas leis e nas decisões judiciais e administrativas com dois sentidos, conforme a hipótese emergente – o positivo ou o negativo. O positivo, para significar a obrigatoriedade da prática de determinados atos. O negativo, para orientar as autoridades a não permitirem a realização ou anularem a de certos atos.” (OLIVEIRA FILHO, João de, Ordem pública, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, cit., v. 35, p. 247).

<sup>131</sup> Sobre essa perspectiva, ver: VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline. *L'ordre public: étude de droit compare interne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001. p. 31.

<sup>132</sup> Gisele Góes, ao tratar da ordem pública, aborda cada um desses aspectos, em um amplo estudo filosófico (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*, cit., p. 21-56).

<sup>133</sup> “Entretanto, na moderna linguagem jurídica, como vimos, é usada preferencialmente a acepção objetiva da justiça. Esta diversidade não significa que exista uma oposição entre o sentido subjéctivo e objetivo da justiça. Estamos na presença de dois aspectos de uma mesma realidade. Justiça, no sentido subjéctivo, é a virtude pela qual damos a cada um o que lhe é devido. No sentido objetivo, justiça aplica-se à ordem social que garante a cada um o que lhe é devido. Trata-se de um caso de analogia. O que se disser da justiça como virtude aplicar-se-á, também, analogicamente, à ordem social e às demais acepções do vocábulo.” (MONTORO, André Franco, *Introdução à ciência do direito*, cit., p. 166).

<sup>134</sup> “Não é só para exprimir o estado social resultante da relação que se estabelece entre as autoridades e o particular é que se usa a expressão ‘ordem pública’. É ela também empregada na significação de alguma coisa



presença se mostra imprescindível e não se altera de acordo com o tempo e espaço, permanecendo imutável enquanto situação que garante as proposições de um dado momento histórico. É alvo de estudos por parte dos sociólogos e filósofos. Em outros termos, a ordem pública enquanto estado de coisas é, em si, estática. Ou se tem a ordem ou se tem a desordem.

Já o viés dinâmico da ordem pública está relacionado, na verdade, não à ordem pública em si, mas aos diversos meios de seu alcance, esses sim passíveis de sofrer ajustes para acompanhar as evoluções estatais e equilibrar as situações sociais.

Nesse aspecto, o conteúdo da ordem pública se identifica e transita entre as ciências política e a jurídica. E é aí que reside a possibilidade de escolha e modulação das formas e instrumentos aptos a gerar a inspiração, a obediência e o controle da ordem pública pela sociedade.

Na perspectiva em comento, está correto dizer que a ordem pública é um conteúdo sempre aberto, indefinível e volátil, de acordo com o tempo e espaço em que se analisa<sup>137</sup>, tendo em vista a necessidade de se adequar às frequentes mutações valorativas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas.<sup>138</sup>

fixa. Daí os enganos a que tem sido levados os escritores quando querem determinar os elementos de sua definição. Evidentemente, a ordem pública é uma consequência da ação da autoridade sobre os particulares para lhes regular ou modificar a ação. Essa intervenção, formando uma relação, origina o estado social, que é a ordem pública. [...] Na normalidade da vida social, em que se não observa qualquer influência das autoridades sobre os governados, ninguém fala da ordem pública. De repente surge uma questão em que a vontade da autoridade tem de prevalecer sobre a dos particulares. É o salto de peixe. Essa interferência então se diz ter sido feita por imposição da ordem pública, quando essa própria interferência é que é a causadora do que a autoridade quer que seja a ordem pública. [...] A ordem pública é o estado social que resulta, no tempo e espaço, da relação entre autoridades e particulares.” (OLIVEIRA FILHO, João de. *Do conceito da ordem pública*. São Paulo: [s.n.], 1934. p. 56-57).

<sup>135</sup> “Se houvesse uma harmonia preestabelecida entre os valores, a função do Direito seria de garantia formal, ou seja, de *ordem estática*. Sendo inelutável o conflito de valores – que reflete os contrastes dos homens, em sua diversidade de pessoas, e na medida em que estas se afirmam e se diversificam –, o problema torna-se de ordem *dinâmica*, porquanto se sublima sempre em uma questão essencial de *justiça* que, na sua expressão mais simples, é um problema de *ordem segundo proporção e igualdade*.” (REALE, Miguel, *Horizontes do direito e da história*, cit., p. 292).

<sup>136</sup> “Nas sociedades a ordem implica estado geral de segurança e coexistência indispensáveis à vida social, no que concerne às nações, na ordem internacional e na ordem interna; podendo-se conceber o progresso e o desenvolvimento como a ordem em movimento, ou ordem dinâmica, em oposição à estática: ordem pública, ordem *facti* ou real.” (GUSMÃO, Sady Cardoso de, *Ordem*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, cit., p. 222).

<sup>137</sup> Acerca do conteúdo flexível da ordem pública, vale citar o voto do ministro Orozimbo Nonato do STF (Representação n. 93/DF, rel. Min. Annibal Freire, j. 16.07.1947), que diz: “Reconheço ser difícil apresentar um modelo nítido e fulgente desse conceito e traçar-lhe os contornos exatos e imodificáveis. É o que passa, aliás, com muitos dos grandes princípios e que, entretanto, são fundamentais na vida jurídica dos povos. A ordem pública, a equidade, os princípios gerais de direito, os bons costumes, a soberania são todas expressões de grande plasticidade, de maleabilidade visível, e cuja aplicação varia no tempo e no espaço. E é bem que assim seja.” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/OrozimboNonato.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2013).

<sup>138</sup> “A história do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espaço-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade

Ressalte-se que é essa característica dinâmica das limitações da autonomia jurídica que retira o caráter absoluto da ordem jurídica, já que regida por regras elaboradas unilateralmente pelo Estado – princípio da legalidade<sup>139</sup> –, que podem e devem ser eventualmente ajustadas.

Assim, o estado de coisas chamado de ordem pública é na realidade estático, e são os modos de proposições de valores, submissão e controle que variam de acordo com o interesse público envolvido e também com a política legislativa, judiciária e doutrinária em vigor.<sup>140</sup>

Por sua vez, o direito é subdividido em diversos ramos, cada qual responsável pela tutela de um grupo de bens e interesses específicos, ensejando um sistema próprio para cada segmento normatizado, proporcional ao nível de controle exigido por cada disciplina jurídica.<sup>141</sup>

Isso porque cada ramo do direito<sup>142</sup>, com suas peculiaridades<sup>143</sup>, interesses<sup>144</sup> e valores singulares<sup>145</sup>, pode demandar um nível particular de tensão entre a autonomia da vontade e os

do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança.” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, cit., p. 494).

<sup>139</sup> Nesse sentido: VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L'ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 105.

<sup>140</sup> Miguel Reale explica que a declaração de uma regra jurídica como sendo de ordem pública pode ser feita pela lei, pela doutrina ou pela jurisprudência. E conclui: “É através das pesquisas dos juristas e das decisões judiciais que as regras, nos limites de sua expressão verbal, vão mudando o seu sentido segundo novas exigências fatuais e valorativas, para que possam corresponder às contingências sociais e econômicas.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 132-133).

<sup>141</sup> Sobre a função da ordem pública na arbitragem: BLESSING, Marc. Mandatory rules of law versus party autonomy in international arbitration. *Journal of International Arbitration*, Cambridge, MA, Kluwer Law International, v. 14, n. 4, p. 23-40, 1997. E ainda: BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, n. 105, p. 64-70, nov. 2009. Em outro texto: FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. In: *Recueil des Cours*. London: Martinus Nijhoff, 1994. p. 369-430. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, n. 249).

<sup>142</sup> Abordando a aplicação da ordem pública nas relações trabalhistas, ver: SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007.

<sup>143</sup> “Reconstruir a *ordem pública* implica compreendê-la com os olhos de Orwell (1984) e com a advertência de Foucault inspirada em Bentham. Se é o *clamor publicado* que importa *ordem pública*, então, é a partir da lógica do *reality show* que esta expressão precisa ser reconstruída pelo Processo Penal contemporâneo. Isto porque na sociedade do espetáculo a eloquência das imagens substitui a sonolência das palavras. As relações sociais tornaram-se representações cênicas e os indivíduos foram substituídos por pessoas. E, como se sabe, ser pessoa é atuar (Hobbes) segundo o enredo da cultura de massa estabelecido pelas modernas condições de produção (Debord). Em suma, quando o mundo real se tornou um *game show* e a sentença uma mercadoria *fastfood* (Baudrillard), os meios de comunicação de massa se transformaram em máquinas de alienação do indivíduo.” (AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 58, n. 394, p. 121, ago. 2010).

<sup>144</sup> Sobre a necessidade de assegurar a ordem pública e os direitos do homem no âmbito policial, ver: SCREVENS, Raymond. Les situations d'urgence et la police: sauvegarde de l'ordre public et des droits de l'homme. *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, v. 68, n. 4, p. 339-347, avril 1988.

<sup>145</sup> A ordem pública como limite à intervenção no corpo humano: BEIGNIER, Bernard. L'ordre public et les personnes. *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Toulouse, t. 42, p. 31-47, 1994.

limites estatais, variando de acordo com a construção conceitual da esfera jurídica em análise, da sua força normativa e da conformação de sua interpretação na aplicação da realidade.<sup>146</sup>

Nesse aspecto, a ordem pública representa o vetor principal de existência do próprio ordenamento jurídico e está presente em todos os ramos do direito e não apenas em um ou alguns, sendo que também não encontra no direito processual civil a sua fonte de consolidação, apesar de, sem dúvida, trazer importantes consequências para a sua dinâmica, como se verá mais adiante.

De qualquer forma, é possível identificar um núcleo comum que atenda a todos os segmentos jurídicos, relacionado especialmente à função limitadora que o direito exerce sobre a sociedade, pelo estabelecimento de regras de condutas que garantem a convivência e evitam o caos.

Esse núcleo duro forma a sua unidade de referência, proporcionando, inclusive, a possível universalização da ideia de ordem pública, sem prejuízo de existirem elementos mais flexíveis relacionados aos conteúdos adjacentes e aos componentes especificamente considerados, com reflexos diferentes em cada disciplina jurídica, conforme o bem jurídico tutelado e o espaço e tempo em que se observa.

Por conseguinte, a ordem pública em si não configura um atributo específico e característico do direito processual civil, mas com ele se identifica, quanto à necessidade de buscar e controlar, por meio do processo, a realização adequada e tempestiva do direito material, conferindo segurança jurídica e legitimidade ao sistema processual.

## 2.2 A ordem pública e suas diversas acepções jurídicas

A ordem pública tem sido alvo de constante estudo pelos juristas de diferentes épocas e ordenamentos jurídicos<sup>147</sup>, sendo que suas dimensões são definidas por diversos enfoques e

---

<sup>146</sup> “A ordem pública fundamental fica deixada ao critério dos Juizes. Por ordem pública fundamental se entendem os quadros jurídicos e sociais básicos sobre os quais repousa a sociedade humana. Para encontrá-la, o Juiz considera os casos expressos de ordem pública estabelecidos pelas leis, considera, de outro lado, os bons costumes, e então cria para determinada disposição o ambiente de ordem pública. Sob esse ponto de vista tira a consequência da sua inderrogabilidade do preceito pelas partes, ou da impossibilidade da sua renúncia, ou da nulidade dos atos praticados pelos particulares ou pelas autoridades contra as suas disposições a ser decretada pelo Juiz quando a encontrar, não sendo suscetível de ratificação. Nesses casos a ordem pública aparece com a antítese da liberdade de contratar ou de dispor unilateralmente.” (OLIVEIRA FILHO, João de, *Ordem pública*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, cit., v. 35, p. 247).

<sup>147</sup> Em Portugal a doutrina estabelece que a ordem pública internacional atua como proteção de interesses de caráter fundamental (RAMOS, Rui Manuel Moura. L'ordre public international en droit portugais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, n. 74, p. 53, 1998).

categorias temáticas<sup>148</sup>, cada qual tentando defender suas premissas e prioridades, criando teorias que melhor representem as suas convicções jurídicas. Isso faz com que cada um tenha uma visão<sup>149</sup> distinta acerca dos contornos da ordem pública, desde seus aspectos históricos, até suas consequências concretas para o direito.

Sob o ponto de vista de sua evolução histórica<sup>150</sup>, a ordem pública é pouco tratada na doutrina doméstica<sup>151</sup>, sendo que parte significativa das obras que abordam o assunto está geralmente relacionada ao direito internacional privado<sup>152</sup>, o que não desautoriza a sua utilização como uma fonte importante de referência.<sup>153</sup>

No que tange à definição do que seja a ordem pública, trata-se de tarefa das mais árduas, tendo em vista a complexidade e os contornos imprecisos do assunto, tendo inclusive quem defenda que é precisamente essa indefinição que confere maior utilidade prática ao instituto<sup>154</sup>. Não obstante, como já dito, a ordem pública pode manifestar-se com perfis diversos, segundo a disciplina jurídica que se considere<sup>155</sup>. De qualquer forma, há juristas que não se furtam em tentar estabelecer ao menos um conceito para o tema.<sup>156</sup>

<sup>148</sup> “A noção de ordem pública aparece no código civil napoleônico como limite à liberdade de contratar nos artigos 6º, 16-9, 1.133 e no 2.060.” (RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. *O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar: périplo do paradigma de dogmática contratual pós-napoleônica*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 65).

<sup>149</sup> Mário Arigón identifica três teorias que considera mais transcendentais e significativas sobre sintetizar a ordem pública. A primeira relaciona-se com a natureza da ordem pública ao interesse em jogo em cada relação jurídica; a segunda liga a noção de ordem pública com as regras e valores básicos que constituem o substrato de um determinado ordenamento jurídico – organização jurídico-social; a terceira – e com mais adeptos – observa a ordem pública sob o ponto de vista instrumental, com o caráter ou eficácia especialmente impeditiva da norma jurídica (GARMENDIA ARIGÓN, Mário. *Ordem pública e direito do trabalho*. Revisão técnica de Irany Ferrari; tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo. LTr, 2003. p. 21).

<sup>150</sup> “A expressão ordem pública, porém, tomou consistência política, depois do período revolucionário da França, quando a Assembléia Constituinte ‘criou a guarda nacional com o fim especial de garantir os direitos do povo, a estabilidade de sua liberdade’, mantendo a ordem pública, isto é, a obediência às leis, o respeito às pessoas e à propriedade, bases fundamentais, sem as quais não se poderia conceber a existência de um Estado.” (OLIVEIRA FILHO, João de, *Ordem pública*, in *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*, cit., v. 35, p. 252).

<sup>151</sup> Acerca da origem legislativa e das primeiras discussões doutrinárias envolvendo a ordem pública, consultar: OLIVEIRA FILHO, João de, *Do conceito da ordem pública*, cit., 1934.

<sup>152</sup> “A ordem pública é o princípio mais importante do direito internacional privado, funcionando, nessa disciplina, como principal critério de compatibilidade entre os distintos ordenamentos jurídicos e atuando na salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 1).

<sup>153</sup> HAMMJE, Petra. *Droits fondamentaux et ordre public*. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, Sirey, v. 86, n. 1, p. 1-31, jan./mars. 1997.

<sup>154</sup> Nas palavras de Mário Arigón: “Chama muito a atenção inclusive a frequência com que os juristas deixam divagar sua fantasia poética e recorrem a imagens que descrevem a tarefa de definir o conceito de ordem pública como ‘aventurar-se por um caminho cheio de espinhos’ ou como um ‘suplício para a inteligência’, ou o classificam diretamente como ‘matéria digna de temor’.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 19).

<sup>155</sup> “A complexa essência da ordem pública faz-se também presente na circunstância de se tratar, ao mesmo tempo, de um conceito único e plural. Único porque os valores essenciais que o compõem conservam uma unidade básica fundamental, que não conhece fronteiras entre os diferentes setores que formam as diferentes

Mário Arigón assevera que “o sentido técnico que atualmente possui o conceito excede, com imensa amplitude, as margens semânticas das duas palavras (‘ordem’ e ‘pública’), que lhe têm servido de continente”. Prossegue definindo a ordem pública como “o conjunto de valores da vida que, pela especial transcendência que assumem em determinando estágio da evolução social, passam a integrar a consciência jurídica coletiva e se constituem em objetos de tutela privilegiada por parte do Direito”. E conclui: “Trata-se de um componente essencial e inseparavelmente ligado aos princípios morais e éticos vigentes em determinada sociedade e em determinado momento histórico.”<sup>157</sup>

O necessário consenso sobre ordem pública também implica uma relatividade de seu conteúdo, conforme entendimento de Clávio Filho.<sup>158</sup>

Ainda sobre os contornos e abrangência da ordem pública, embora a sua noção seja universal, cada ordenamento jurídico tem sua própria perspectiva do que seja a ordem pública.<sup>159</sup>

Sob outro ângulo<sup>160</sup>, há nítida distinção<sup>161</sup> doutrinária<sup>162</sup> entre a ordem pública interna<sup>163</sup> e a ordem pública internacional.<sup>164</sup>

disciplinas do Direito e os faz merecedores de uma tutela jurídica de primeira classe. Mas, paralelamente, sua matéria é também diversa, pois assume proteiformes manifestações instrumentais segundo os âmbitos jurídicos, nos quais se situa o analista. Suas projeções e efeitos não serão os mesmos no Direito Privado e no Direito Público, ambos, por sua vez, distinguem-se da que se visualiza no Direito Internacional Privado, e este será diferente do perfil que assume o Direito do Trabalho.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 31).

<sup>156</sup> “Na acepção sistêmica, a ordem pública é o pré-requisito de funcionamento do *sistema de convivência pública*. Não só ele contém no polissistema social como é imprescindível a seu funcionamento, uma vez que viver em sociedade importa, necessariamente, em conviver publicamente.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 142, jan./mar. 1988).

<sup>157</sup> GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 27-31.

<sup>158</sup> “O conteúdo de ordem pública compõe-se de sentimentos de justiça, das estruturas sociais mais importantes e das instituições culturais mais arraigadas em um determinado local, numa determinada época. Em suma, atenta contra ela tudo aquilo capaz de indignar o cidadão médio local ou violar as estruturas políticas e sociais protegidas pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, então, que o conteúdo da ordem pública é relativo, variável no tempo e no espaço, de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso submetido ao juiz estatal [...] De fato, aquilo que fere os sentimentos de justiça e dignidade do cidadão médio, hoje, pode não produzir o mesmo efeito daqui a dez anos. Da mesma forma, as instituições culturais vigentes numa pequena cidade do interior podem estar menos arraigadas num grande centro urbano, resultando em que o conteúdo da ordem pública varia no espaço, mesmo no interior de um único Estado.” (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. p. 126).

<sup>159</sup> “A ideia de ordem pública é universal, pois, como emanção da realidade social, constitui substrato ou pilar fundamental de qualquer sistema normativo. Todo ordenamento jurídico responde a uma determinada concepção substantiva da ordem pública, e os princípios, institutos e normas que o compõem, deveriam ser fiel consagração dos conteúdos que cada sociedade confere a esse preceito.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 33). Também no sentido de que a ordem pública consiste em um princípio universal, ver: ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 5.

<sup>160</sup> “A doutrina distingue, dentro do conceito de ordem pública, gradações que autorizam falar-se de ordem pública de primeiro, segundo e terceiro graus. De forma simples, é de *primeiro grau* a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras e princípios do ordenamento jurídico nacional, considerados

Dessa forma, sob as mencionadas perspectivas, conclui-se que a ordem pública consiste nos valores extraídos de um consenso social e jurídico de um determinado ordenamento<sup>165</sup>, flexíveis<sup>166</sup> às eventuais mutações históricas e relacionados aos sentimentos de juridicidade, justiça e moralidade, motivados especialmente pelos direitos e garantias fundamentais, cuja inobservância gera uma repúdia capaz de tornar ilegítimo o ato jurídico ou jurisdicional, sendo, pois, passível de controle.

Assim, tratando-se de uma ideologia que visa a identificar as bases essenciais do direito interno num dado momento, a ordem pública deixa de ser estática, para configurar um instituto jurídico dinâmico, que varia de acordo com o tempo e espaço em que é concebido.

Ademais, para fins de se alcançar toda a problemática envolvendo o presente estudo, Luis Fernando Guerreiro ressalta a dificuldade de se estabelecer um parâmetro universal da ordem pública, que pode variar de acordo com a moral média de cada sociedade, em

---

imperativos e que não podem ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de *segundo grau* é extraída do direito internacional privado e é aquela que impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública do plano interno. O *terceiro grau* de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis sobretudo às relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país.” (TIBURCIO, Carmem, A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 210).

<sup>161</sup> Sobre o tema: ALMEIDA, Cynthia Ract de. Diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública externa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 25, n. 99, p. 284-287, jul./set. 1991.

<sup>162</sup> Criticando essa distinção: CORSO, Guido. *L'ordine pubblico*. Bologna: Il Mulino, 1979.

<sup>163</sup> “A noção de ordem pública só pode ser nacional. Ela, reconhecidamente, é por demais incerta, porque varia no tempo e no espaço, de um para outro país e, até mesmo, em um determinado país de uma época para outra. A noção de ordem pública, na verdade, é mais fácil de ser sentida do que definida e resulta, no dizer de Salvat, de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A noção obedece a um critério contingente, histórico e nacional.” (LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 115, p. 278, jul./set. 1992). Em sentido contrário: “Não se concebe que *ordem pública* seja uma noção que só possa ser nacional porque varia no tempo e no espaço, de país para país, e até mesmo em um país de uma época para outra. O conceito de *ordem pública* é único e não varia e não varia no tempo ou no espaço. *Ordem pública* tem o mesmo significado em qualquer país, em qualquer época. O que varia são as condições sócio-econômicas que definem a *zona de estabilidade*, mas *ordem pública*, conceitualmente falando, é uma só.” (FILOCRE, D’Aquino. Revisita à ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 184, p. 146, out./dez. 2009).

<sup>164</sup> “Inicialmente, há que se distinguir a ordem pública da ordem pública internacional. A primeira é vinculada à noção jurídica, e não se confunde com a segunda, que, sendo mais ampla, atinge tanto a esfera jurídica como a social. Assim, a ordem pública pode, em resumo, ser considerada como reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de todo o ordenamento jurídico. Representa a moral básica da nação e deve atender às necessidades sócio-econômicas do Estado (emana da *mens populi*, moral média).” (GUERREIRO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 159, p. 23, maio 2008).

<sup>165</sup> BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. El derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional. *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, v. 61, n. 2, p. 441-453, 2009.

<sup>166</sup> Sobre as vantagens de uma ordem pública flexível, ver: KRIEF-VERBAERE, Catherine. Recherches sur la notion d’ordre public en droit interne russe a l’aune du droit français: étude de droit privé sur l’ordre public en droit comparé français e russe. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 55, n. 1, p. 151-175, jan./mars 2003.

determinado momento histórico, e a dificuldade do aplicador da lei em identificar as situações de ordem pública.<sup>167</sup>

Há ainda outro modo de observar e conceituar a ordem pública, que reside na análise da velha dicotomia entre os interesses públicos e os privados e seus atuais contornos para o direito. Para essa corrente<sup>168</sup>, com a transição paradigmática do Estado Social para o Estado Democrático, o núcleo ideológico de sustentação da ordem pública e do interesse público – inicialmente calcado na sobreposição e na recíproca exclusão do público/privado –, passa a ter outra construção científica, prestigiando a conciliação entre as referidas autonomias, para que haja a coerência necessária e condizente com a lógica predominante no atual momento histórico.

Com isso, mitiga-se a antiga contraposição antiética entre o público e o privado, para que esses domínios passem a atuar em tensão<sup>169</sup>, dinamizando a interação entre a ordem pública e a ordem privada, fazendo surgir, daí, a conclusão acerca de sua normatividade ou de sua enucleação de poder. Assim, a inicial dicotomia entre os interesses públicos e privados cede lugar para um processo comunicativo que implica na complementaridade entre os espaços públicos e privados, ensejando uma interação permanente e necessária.<sup>170</sup>

Por sua vez, a utilização de instrumentos destinados à limitação da autonomia da vontade comporta diversas graduações, variando conforme a evolução da ciência do direito e de acordo com os bens jurídicos que se pretende proteger<sup>171</sup>, o que faz com que a ordem pública seja dotada de versatilidade. Isso significa que os valores inerentes à ordem pública

---

<sup>167</sup> “Disso decorrem algumas constatações: (i) em nenhum diploma legal, de nenhum país, encontramos o que vem a ser a moral média; (ii) a ordem pública é aferida pela mentalidade e sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época, sendo, assim, relativa; e (iii) o aplicador da lei não dispõe de um norte para distinguir no seio do sistema jurídico de seu país, o que seja fundamental, de ordem pública. Deve-se rejeitar o que for chocante, repugnante à mentalidade média da sua sociedade, numa determinada época.” (GUERREIRO, Luis Fernando, *Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença estrangeira*, cit., p. 23).

<sup>168</sup> “A lógica público-privado e de dominação e recíproca exclusão, e o arranjo institucional sustenta a cooptação do privado pelo público, mediante a monopolização estatal da esfera pública, o que reforça a marginalidade do indivíduo.” (PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 399).

<sup>169</sup> Sob outro prisma, Mário Arigón defende que: “Os bens jurídicos que formam a substantividade da ordem pública são hierarquizados e tendem a prevalecer com relação a outros por meio de diversos mecanismos jurídicos de tutela privilegiada.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 32).

<sup>170</sup> PIRES, Maria Coeli Simões, *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*, cit., p. 398.

<sup>171</sup> Ao diferenciar a ordem pública de polícia e a ordem pública jurídica, Oliveira Filho conclui sobre a última: “[...] a expressão ordem pública aparece como regulador dos elementos objetivos e subjetivos do corpo jurídico. É, pois, a ordem pública uma regra de equilíbrio da infinidade de interesses em jogo e que o direito reconhece. Apreciando o valor de cada um deles, a ordem pública os concerta e os disciplina, e, apreciando suas exigências, de acordo com a oportunidade, a ordem pública mede até quando um direito deve ser

podem ser tutelados por meio de mecanismos jurídicos que confirmam limites à liberdade da conduta humana, sendo habitual a utilização da ferramenta que analisa os bens jurídicos em jogo, para se detectar uma indisponibilidade absoluta ou relativa dos preceitos normativos, com relação à vontade dos particulares.<sup>172</sup>

Ademais, o conceito moderno de ordem pública ainda prevê que essas vias que reconhecem e protegem os valores e os bens jurídicos sensíveis ao instituto caracterizam-se pela sua aplicação automática e, ainda, pela sua forma autoexecutável.

Sobre a sua natureza jurídica, considerando que se atribui à ordem pública a qualidade de cláusula valorativa, faz-se necessário dissociá-la, por consequência, do plano normativo, alterando-se, por conseguinte, a estrutura jurídica normalmente concebida ao assunto pelo nosso ordenamento, em especial pelo direito processual.

Na doutrina, Clávio Filho<sup>173</sup> assevera que a ordem pública não é categoria normativa e sim instrumento de proteção do ordenamento jurídico estatal, de modo que, em sendo a atividade jurisdicional do juiz estatal reflexo da soberania do Estado, este tem obrigação de protegê-la. Também Jacob Dolinger<sup>174</sup> defende que o conceito de ordem pública não deve ser confundido com determinadas categorias normativas<sup>175</sup>, sob pena de erro que leva a perplexidades das quais não se sai ileso.

Com efeito, a ordem pública transcende ao direito positivo, de modo que não deve assumir cunho normativo – nem explícito e nem implícito –, e ainda não demanda uma alusão

protegido e quando essa proteção deva ser retirada, para dar lugar a outros interesses, que antes não eram tidos em conta.” (OLIVEIRA FILHO, João de, *Do conceito da ordem pública*, cit., 1934, p. 36).

<sup>172</sup> “A imperatividade do Direito não se manifesta, porém, sempre com a mesma intensidade. Existem graus de imperatividade, o que implica no aparecimento de várias categorias de normas, envolvendo a apreciação das possíveis posições de seus destinatários. [...] O primeiro tipo de regras jurídicas que nos cumpre estudar são as chamadas regras jurídicas *cogentes ou de ordem pública*. A expressão ordem pública tem trazido, infelizmente, várias confusões. O emprego do adjetivo ‘pública’ leva, às vezes, alguns espíritos a confundir essas regras com as de Direito Público, que é aquele que rege as relações sociais em que, de maneira imediata, prevalece o interesse da coletividade. A ordem pública está aqui para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefratável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível de alteração pela vontade dos obrigados. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito à partes contratantes disporem de maneira diversa. [...] Pois bem, uma regra, a que todos estamos adstritos, chama-se regra de *ordem pública ou cogente*, termos, a nosso ver, sinônimos, não passando de filigrana a afirmação de que as normas de ordem pública deriam, propriamente, as normas cogentes em virtude de um interesse superior da sociedade e do Estado.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 130-132).

<sup>173</sup> VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *Poder judiciário e sentença arbitral*, cit., p. 127-128.

<sup>174</sup> DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 8.

<sup>175</sup> Ricardo Almeida alerta para a equívoca utilização da expressão “lei de ordem pública” e, ainda, para a diferenciação entre as “normas de aplicação imediata” ou “normas imperativas”, que constituem um conjunto de normas jurídicas positivas, com o princípio da ordem pública, já que este possui, como característica, uma



expressa pelo legislador. Tanto é assim que é possível identificar a ordem pública em normas que não a declarem, bem como é possível que normas que a explicitam não atendam ao seu conteúdo substancial.<sup>176</sup>

Não obstante, o fato de a ordem pública não integrar a uma categoria normativa, permite que as leis destinadas a protegê-la possam estar ligadas ao direito substancial ou ao processual, embora isso não signifique uma identificação na essência. Por essa razão, as normas garantidoras da ordem pública são voláteis, podendo estar diretamente relacionadas a fatores de política legislativa<sup>177</sup>, ressaltando-se, novamente, que o legislador nem sempre as prevê de forma expressa.<sup>178</sup>

Nesses termos, vê-se que, tradicionalmente, a noção de ordem pública está relacionada a uma ideologia que atua como mecanismo de limite à disposição do Poder Judiciário, destinado às eventuais circunstâncias que atentem contra os valores fundamentais do ordenamento jurídico<sup>179</sup>, não se identificando com as espécies e graduações normativas.<sup>180</sup>

vigilância difusa e exógena ao ordenamento jurídico (ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 30-31).

<sup>176</sup> “[...] a declaração de ordem pública contida numa norma jurídica não deve ser necessariamente interpretada de modo automático como sinônimo de imperatividade ou de indisponibilidade.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 46-47).

<sup>177</sup> Tratando o tema sob o ângulo do direito internacional, Clávio Valença Filho diz que a origem das confusões entre ordem pública, leis de aplicabilidade imperativa (sua incidência não pode ser afastada por simples convenção das partes – leis que regem o estado e a capacidade das pessoas) e leis de aplicação imediata (leis de polícia – categoria de ligação criada no século XIX, na qual se inserem matérias cuja regência, por questão de política legislativa, entende dever-se submeter ao direito do foro) reside no fato de a autoridade normativa equiparar, quanto aos efeitos, a tutela jurisdicional à ordem pública e a simples violação de normas abstratas editadas com o objetivo de protegê-las, incluindo no conteúdo de ordem pública a mera transgressão de leis que visam a protegê-la, pois nem todo afastamento de lei de aplicabilidade imperativa ou de aplicação imediata constitui atentado à ordem pública, como nem todo atentado a esta deriva da não aplicação das referidas espécies normativas (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder judiciário e sentença arbitral*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. p. 128-129).

<sup>178</sup> Na concepção do direito internacional privado: “Em verdade, a identificação das normas imperativas decorre da percepção manifestada pelo legislador, que nem sempre o faz de maneira expressa.” (FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Normas imperativas de direito internacional privado: leis de police*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 36).

<sup>179</sup> “Para superar o caos legislativo e suprir as lacunas interpretativas decorrentes da velocidade das transformações do cenário político e social, as quais a atividade legiferante do Estado não consegue acompanhar, em termos de atualidade e eficácia, surgiu a tendência a uma exegese casuística, baseada na ponderação de interesses, na argumentação, na busca de alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação, tudo em conformidade com a ordem pública, que se pretende evolutiva e não de isolamento para com a novíssima ordem internacional, do século XXI, para com a globalização, para com a sociedade global.” (CARDOSO, Liana Memória. O pós-positivismo e a noção de ordem pública no direito internacional privado do século XXI. *Revista Virtual Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília*, v. 2, n. 2, p. 43, 2008. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2584/1575>>. Acesso em 08 set. 2013).

<sup>180</sup> “O Direito positivo e – mais amplamente – o ordenamento jurídico, em sua totalidade, devem constituir-se, ao mesmo tempo, em generoso receptáculo e impulsionador militante dos valores que naturalmente vão se integrando ao conceito de ordem pública, que os elevará à categoria de bens jurídicos e os dotará de tutela jurídica eficaz e privilegiada.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 41).

Não bastasse, o enfoque dado à origem da ordem pública pode variar conforme o ramo do direito que analisa a matéria, já que cada qual se dedica a explicar o início do instituto de acordo com os reflexos que produzem no setor em questão.

Isso se dá porque, apesar da importância das questões de ordem pública para as diversas disciplinas jurídicas, com a possibilidade, inclusive, de se identificar um núcleo comum que atenda a todas elas, o tema confere uma legitimação própria para cada segmento, tendo em vista as suas características específicas.

Em razão disso, algumas matérias trataram de especificar ainda mais a origem<sup>181</sup> da ordem pública, conforme a época em que o instituto passou a ter relevância para o referido campo, como é o caso do direito internacional privado.<sup>182</sup>

No âmbito do direito privado<sup>183</sup>, é comum associar a noção de ordem pública com a característica da indisponibilidade das normas<sup>184</sup> ou com a introdução de limitações à autonomia das partes em matéria contratual<sup>185</sup>. Por sua vez, a ordem pública pode se manifestar nas relações privadas e na vida civil de diversas maneiras<sup>186</sup>, para restringi-las, para dirigi-las ou, ainda, para proteger a parte hipossuficiente.<sup>187</sup>

<sup>181</sup> “Entre o final do século XIX e início do século XX os autores concentraram-se no tema da ordem pública. A noção de normas imperativas já podia ser encontrada nos textos doutrinários embora nunca com essa denominação. Normalmente utilizava-se o termo ‘leis de ordem pública’, como o fez Pillet, que enunciava como integrante destas as leis políticas, as leis morais, as leis referentes à segurança das pessoas e bens, o direito penal internacional, as leis relativas à propriedade, as leis de crédito público, as leis sobre a execução forçada, incluindo a falência, as leis fiscais, além das *lois d’ordre*, consideradas pelo autor como verdadeiros ‘tipos de lei de ordem pública’ que incluíam os *règlements de police*, em geral insignificantes por si só mas importantes para manter uma ordem permanente no seio do Estado, as *lois de procédure*, necessárias para o funcionamento da justiça, e os *règlements administratifs*, relativos a serviços públicos.” (FRIEDRICH, Tatyana Scheila, *Normas imperativas de direito internacional privado: lois de police*, cit., p. 36-37).

<sup>182</sup> COLÓN RÍOS, Joel. La excepción de orden público en el derecho internacional privado. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Río Piedras, Puerto Rico, v. 71, n. 3, 781-807, 2002. E também: MOSCONI, Franco. Qualche considerazione sugli effetti dell’eccezione di ordine pubblico. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, anno 30, n. 1, p. 5-14, genn./mar. 1994.

<sup>183</sup> FERRI, Giovanni B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970.

<sup>184</sup> ALBANESE, Antonio. *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*. Napoli: Jovene Editore, 2003.

<sup>185</sup> Entretanto, alerta Mário Arigón: “Todavia, essa assimilação não é correta em todos os casos, pois tanto uma norma que tutela valores integrantes da ordem pública pode não ter caráter indisponível – ou o tem com diferentes graduações, intensidades e sentidos – como uma norma expressamente declarada indisponível para particulares pode não pertencer à substância conceitual da ordem pública.” (GARMENDIA ARIGÓN, Mário, *Ordem pública e direito do trabalho*, cit., p. 46).

<sup>186</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Limitações no direito adquirido. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 20, n. 59, p. 62-78, nov. 1993.

<sup>187</sup> “[...] por meio de expressas previsões legais cogentes ou valendo-se de uma vigilância difusa que o prudente arbítrio deve concretizar, o princípio da supremacia do interesse público interfere nas relações privadas e na vida civil, umas vezes para restringi-las (*ordem pública de coordenação*), outras para dirigi-las (dirigismo contratual, *ordem pública de direção*), outras ainda para proteger a parte hipossuficiente (*ordem pública de proteção*), mas sempre buscando conformar as manifestações da autonomia privada e da liberdade contratual às exigências do ordenamento jurídico que sejam consideradas inderrogáveis”. (ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 37-38).

Assim, no direito privado, a ordem pública se traduz no que está fora do alcance da autonomia de vontade dos particulares<sup>188</sup>, tornando-a indisponível ou irrenunciável, cuja origem é remetida ao direito romano, atribuindo-se ao legislador francês (Código Civil francês de 1804) o primeiro registro da expressão, que foi acolhida pelos demais sistemas codificadores.

Já no direito público o enfoque é outro, relacionado à legitimidade do poder estatal e à dicotomia entre as esferas pública e privada.

Nesse campo, Maria Pires analisa as raízes históricas do assunto, desde as razões originárias do direito, que passa por referências da matéria no modo de organização e na ordem jurídica na Grécia antiga, o surgimento das autonomias a partir do critério de normatividade do direito romano, com assento na capacidade dos romanos para organização do Poder Público, na sua índole privatística e na contribuição dos jurisconsultos, inspiradas nos critérios de utilidade e interesse, relativos ao Estado ou aos particulares, o que vem a ser amenizado no início da Idade Média, com o enfraquecimento do Estado, em razão do feudalismo. Após a superação do feudalismo e consolidação do Estado, houve a autonomização do direito público que, no final do século XVIII, passou a ter nova contextualização, inspirada no liberalismo. Em sequência, com a 1ª Guerra Mundial, iniciou-se a relativização da esfera privada, para dar espaço à dimensão econômico-social ligada à promoção do bem-estar coletivo, protegendo o constitucionalismo, mas desvinculando a preocupação com o processo de legitimação, utilizando-se o direito como fonte de mecanismos autoritários de produção, interpretação e atualização da norma, e fazendo com que a lógica procedimental referente ao público e ao privado fosse subtraída à condição ontológica e passasse a se situar sob os vetores de complementaridade, o que só se solidificou efetivamente com a transição paradigmática do Estado Social para o Estado Democrático de Direito.<sup>189</sup>

Em um contexto processual, Carmem Tiburcio relaciona a ordem pública com a regularidade do procedimento e à observância do devido processo legal<sup>190</sup>. Entretanto os

---

<sup>188</sup> Nesse sentido: BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 272-274.

<sup>189</sup> PIRES, Maria Coeli Simões, *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*, cit., p. 398-400.

<sup>190</sup> “A construção do sentido a ser dado à cláusula da ordem pública, nesse contexto, deve socorrer-se da categoria dos preceitos fundamentais, que se encontra referida no art. 102, § 1º, da Constituição, na qual se incluem os princípios previstos nos arts. 1º e 4º e os direitos fundamentais, listados no art. 5º do texto constitucional. A ideia de ordem pública apresenta-se em uma dimensão material, afeta ao conteúdo da decisão propriamente dito, e outra processual, relacionada com a regularidade do procedimento que deu origem à decisão homologada, considerando as garantias mínimas do devido processo legal.” (TIBURCIO, Carmem, A

dispositivos considerados essenciais à Constituição não foram especificados pela autora, não são taxativos e nem devem estar relacionados a qualquer preceito constitucional, impondo-se, pois, uma seleção.<sup>191</sup>

Com efeito, “cabe ao intérprete – e, sobretudo, ao aplicador, o STF – definir quais são os preceitos fundamentais”<sup>192</sup>. Nesse passo, a ordem pública deve ser vista como o valor máximo a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, mediante mecanismos aptos a assegurá-lo.

Portanto, e ainda sob as óticas supracitadas, pode-se dizer que o conteúdo jurídico da ordem pública é composto por enunciados que configuram um referencial axiológico para o direito, que está intimamente relacionado à ideia de justiça, tendo como consequência a limitação das partes e do julgador, sendo que sua eventual violação da ordem pública geraria efeitos imediatos, absolutos e intransponíveis.

Contudo, a única justiça que se espera do Poder Judiciário é a de que a ciência seja utilizada nas decisões judiciais como instrumento para se atingir a equidade no tratamento dos jurisdicionados e a eficiência da atividade jurisdicional, por meio de um campo argumentativo amplo e de técnicas eficazes, objetivando a praticidade proporcional e adequada ao caso concreto.<sup>193</sup>

### 2.3 A ordem pública na legislação pátria

O aparato normativo de um ordenamento regula as condutas sociais responsáveis pela ordem pública<sup>194</sup>. Assim, não há uma só lei que não interesse à ordem pública.

ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 224).

<sup>191</sup> CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processual, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 62, n. 1, p. 129-152, mar. 2008.

<sup>192</sup> TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

<sup>193</sup> “Quanto a nós, pensamos que só uma ordem que reúna o ideário liberal, de fato e de direito, que assegure efetivamente o exercício dos direitos e garantias individuais, e que limite os excessos estatais e de um capitalismo predatório que não corroa a sociedade existente abaixo e que justifica o Estado poderá responder aos anseios de uma ordem pública legítima e justa. O debate prossegue.” (SABÓIA, Marcelo Rocha. Algumas questões acerca das noções de ordem pública e ordem justa: a tradição liberal e a crítica marxista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 132, p. 268, out./dez., 1996).

<sup>194</sup> “Assim, como por ordem pública se entendem os quadros jurídicos e sociais básicos sobre os quais repousa a sociedade humana, para encontrá-la, o juiz considera os casos expressos de ordem pública estabelecidos pelas leis, considera, de outro lado, os bons costumes, e então cria para determinada disposição o ambiente de ordem pública. Sob esse ponto de vista, tira a consequência da sua inderrogabilidade do preceito pelas partes, pelos particulares ou pelas autoridades contra as suas disposições a ser decretada pelo juiz quando a encontrar. Por óbvio, que este, não deve arbitrariamente construir noções de ordem pública, mas há uma certa latitude na apreciação, que fica sem arbítrio.” (MARQUES, Jussara Cristina, Ordem pública, ordem privada e bem

Contudo, há leis que são as consideradas pelo legislador, representante do pensamento nacional, como essenciais à manutenção da própria sociedade<sup>195</sup>. Podem se referir à ordem pública ou à ordem privada<sup>196</sup>, de acordo com a disponibilidade do direito envolvido.<sup>197</sup>

Para fins processuais, a Constituição Federal contém a norma mais abrangente da ordem pública, referente ao devido processo legal, inserta no artigo 5º, inciso LIV.

Por sua vez, o Decreto-Lei n. 4.657/42, alterado pela Lei n. 12.376/2010, que trata da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também constitui fonte normativa da ordem pública<sup>198</sup>, prevendo-a expressamente, quando aborda o controle das homologações de sentenças estrangeiras.<sup>199</sup>

No campo privado<sup>200</sup>, destacam-se as disposições da Lei n. 10.406/2002, que modificaram o Código Civil (CC)<sup>201</sup>, bem como a Lei n. 8.078/90, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor (CDC).<sup>202</sup>

comum: conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Maringá, PR, v. 2, n. 1, p. 252, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/427/346>>. Acesso em: 20 jan. 2014).

<sup>195</sup> “Na Constituição Federal de 1891, reformada em 1926, no artigo 72 § 8º a ordem pública surge como uma categoria jurídica. O Código Penal previu a expressão ordem pública no artigo 121 e no artigo 404. O termo também constou do artigo 3º da Lei 4.294/21; no Decreto nº 5.221/27, artigo 108 § 11; no Decreto nº 4.247/21; no Decreto nº 21.240/32; no Decreto 22.194/32, artigo 1º; na Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, artigo 17; na Lei 2.615/1875 referendada pelo Decreto nº 6.982/1878, artigo 2º; no Decreto nº 3.084/1898; e em diversos artigos no Código Bustamante, Decreto Legislativo nº 5.647/29.” (OLIVEIRA FILHO, João de, *Do conceito da ordem pública*, cit., 1934, p. 3-7).

<sup>196</sup> Para Oliveira Filho, não há oposição entre leis de ordem pública às leis de ordem privada. Para o autor, todo o direito escrito ou não escrito são preceitos limitativos da ação de governantes e governados, produzindo a ordem pública (OLIVEIRA FILHO, João de, *Do conceito da ordem pública*, cit., 1934, p. 67).

<sup>197</sup> “[...] são normas de ordem pública as constitucionais, as processuais, as administrativas, as penais, as de organização judiciária, as fiscais, as de polícia, as que protegem os incapazes, as que tratam de organização de família, as que estabelecem condições e formalidades para certos atos e as de organização econômica (SEC 802/US, Rel. Ministro José Delgado).” (VINCENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi. A complexidade da ordem pública entre outras culturas. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jun. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>>. Acesso em: 15 jan. 2014).

<sup>198</sup> O Código de Direito Internacional Privado, que é a Convenção de Havana de 20.02.1928, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 18.871/29, também conhecido como Código Bustamante, definiu expressamente as leis de caráter de ordem pública internacional, aplicada aos nacionais e estrangeiros (CALIXTO, Negi. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 46-50).

<sup>199</sup> “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

<sup>200</sup> “As leis de ordem pública de direito material importam, de fato, em restrições à liberdade das partes, impõem padrões de comportamento, prescrevem a nulidade dos atos praticados em sua violação, mas não implicam absoluta indisponibilidade sobre o direito. Em resumo, é equivocada a concepção de que a ordem pública significa indisponibilidade dos direitos, afinal, demonstrou-se que pode haver atos de disposição mesmo sobre normas que possuem natureza de ordem pública.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 21).

<sup>201</sup> “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se

Ainda em sede legislativa, registrem-se as normas constantes dos regimentos internos do STF<sup>203</sup> e do STJ<sup>204</sup>, que mencionam a ordem pública em diversos momentos, mormente referindo-se às questões de ordem.

---

lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...] Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. [...] Art. 606. Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. Parágrafo único. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública. [...] Art. 1.125. Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto. [...] Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

<sup>202</sup> “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

<sup>203</sup> “Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] VII - decidir questões de ordem ou submetê-las ao Tribunal quando entender necessário; Art. 21. São atribuições do Relator: [...] III - submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos; [...] Art. 83. A publicação da pauta de julgamento antecederá quarenta e oito horas, pelo menos, à sessão em que os processos possam ser chamados. § 1º Independem de pauta: I - as questões de ordem sobre a tramitação dos processos; [...] Art. 136. As questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas. § 1º Sempre que, no curso do relatório, ou antes dele, algum dos Ministros suscitar preliminar, será ela, antes de julgada, discutida pelas partes, que poderão usar da palavra pelo prazo regimental. Se não acolhida a preliminar, prosseguir-se-á no julgamento. § 2º Quando a preliminar versar nulidade suprível, converter-se-á o julgamento em diligência e o Relator, se for necessário, ordenará a remessa dos autos ao juiz de primeira instância ou ao Presidente do Tribunal a quo para os fins de direito. [...] Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso. [...] § 3º Se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente, em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá, com prévia ciência das partes, submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos de que dispuser. [...] Art. 216. Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. [...] Art. 252. Quando, de decisão proferida em qualquer Juízo ou Tribunal, decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, poderá o Procurador-Geral da República requerer a avocação da causa, para que se lhe suspendam os efeitos, devolvendo-se o conhecimento integral do litígio ao Supremo Tribunal Federal, salvo se a decisão se restringir a questão incidente, caso em que o conhecimento a ela se limitará. Parágrafo único. Não caberá pedido de avocação, se a decisão impugnada houver transitado em julgado, ou admitir recurso com efeito suspensivo. [...] Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais. § 1º O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral, quando não for o requerente, em igual prazo. § 2º Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental. § 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Supremo Tribunal Federal ou transitar em julgado.”

<sup>204</sup> “Art. 21. São atribuições do Presidente: [...] IX - submeter questões de ordem ao Tribunal; Art. 34. São atribuições do relator: [...] IV - submeter à Corte Especial, à Seção, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos; [...] Art. 91. Independem de pauta: [...] II - as questões de ordem sobre o processamento de feitos. [...] Art. 271. Poderá o Presidente do Tribunal, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, e para

Curiosamente, o CPC<sup>205</sup> de 1973 não menciona, em nenhuma oportunidade, o termo “ordem pública”. Assim, as normas efetivamente cogentes não são identificadas de plano, a não ser pela interpretação analógica aos dispositivos que cominam algum tipo de sanção.

Apesar disso, a lei processual civil relaciona como sendo de ordem pública<sup>206</sup> as questões que o juiz pode e deve conhecer de ofício<sup>207</sup>, a qualquer tempo e grau de jurisdição, como as condições da ação, os pressupostos processuais e outros aspectos processuais e materiais capazes de gerar uma nulidade absoluta no processo.

De qualquer forma, a imperatividade da norma, tanto de direito público quanto de direito privado, indicam a presença de um interesse público superior, capaz de afastar a disponibilidade do direito<sup>208</sup> para a preservação da ordem pública, bem como permitir o devido controle judicial.<sup>209</sup>

evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Igualmente, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, poderá o Presidente do Tribunal suspender, em despacho fundamentado, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes que for concedida ou mantida pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, inclusive em tutela antecipada, bem como suspender a execução de sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, em processo de ação popular e em ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.”

<sup>205</sup> O Código de Processo Civil de 1939 estabelecia o procedimento de homologação de sentença estrangeira. Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, a disciplina foi delegada ao Supremo Tribunal Federal, pelo seu regimento interno, que reiterou as hipóteses de pré-exclusão da homologação de sentença estrangeira quando verificada a ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (CALIXTO, Negi, *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*, cit., p. 53).

<sup>206</sup> “[...] o predicado ‘de interesse da ordem pública’ é o temo antecedente de uma regra jurídica que determina que as leis que se enquadram em tal previsão possuam efeito cogente. Dizer-se, portanto, que uma norma é de interesse da ordem pública é buscar conferir-lhe efeito cogente.” (RIBEIRO, Maurício Moura Portugal, *O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar: périplo do paradigma de dogmática contratual pós-napoleônica*, cit., p. 154).

<sup>207</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...] § 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

<sup>208</sup> “As regras dispositivas formam a grande massa das regras jurídicas. São normas de conduta que deixam aos destinatários o direito de dispor de maneira diversa. Alguns autores dizem, erroneamente, que são normas jurídicas que podem ser revogadas pela vontade das partes. Não se trata de revogação. É evidente que as partes não revogam nenhuma lei pelo fato de terem dispostos de forma diversa. É da própria natureza da regra dispositiva estabelecer uma alternativa de conduta, de tal maneira que os seus destinatários possa, ou disciplinar eles mesmos a relação social, ou, não o fazendo, sujeitar-se ao que a norma determina.” (REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 134).

<sup>209</sup> “[...] não se pode considerar como sinônimos os direitos indisponíveis e aqueles direitos tutelados por leis imperativas. Ocorre um fenômeno de continência, pois do universo mais amplo de direitos regulados por leis imperativas ou cogentes uma parcela menor abrange direitos indisponíveis. A ordem pública e os direitos indisponíveis têm em comum o fato de retratarem o interesse público, e este, por sua vez, a despeito de variar conforme o tempo e lugar, deve ser encarado como o núcleo de interesses que são tutelados pelo ordenamento

Registre-se que a imperatividade de uma norma pode possuir diversos graus de interesse público, cada qual permitindo uma configuração consequencial distinta, que ainda pode variar de acordo com o tempo e o espaço em que se observa, sendo certo que vários fatores sociais, políticos e jurídicos são capazes de modificar ou modular<sup>210</sup> o interesse público das leis.

De qualquer modo, as regras absolutamente impositivas são exceção, já que a maioria delas deve conferir alguma margem de plasticidade ou disponibilidade, mesmo dentro do direito processual, ramo que integra o direito público.

Não obstante, o fato de a lei, explícita ou implicitamente, ser considerada como de ordem pública<sup>211</sup> não autoriza a sua irretroatividade para alcançar fatos ou atos passados.

Portanto, a indisponibilidade do direito, a imperatividade e a irretroatividade são os traços marcantes das normas de ordem pública.<sup>212</sup>

jurídico, a partir da sua matriz constitucional.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil, cit., p. 17).

<sup>210</sup> “[...] O *topos* ‘lei de interesse da ordem pública’ foi, portanto, um recurso utilizado pela legislação, jurisprudência e doutrina, por um lado, para voltar o direito para a realização de determinados objetivos, tais como, entre outros, a solidariedade social, a equivalência das relações entre particulares, a socialização dos riscos de determinadas atividades, a promoção da atividade econômica, e, por outro, para vincular tal modificação no escopo do direito à sistemática cara à tradição. Assim, é que o conceito de lei de interesse da ordem pública serviu como um expediente para moldar o direito para a sua nova função de instrumento de planejamento social (ordenação da sociedade ou, para usar o termo caro a Rescoe Pound, ‘social engineering’) fundando-a, contudo, não apenas nos efeitos (satisfação, ou pelo menos gerenciamento, administração e compatibilização das ingentes necessidades sociais, representadas pelos interesses individuais, corporativos, ou de grupos), mas também perante a cultura e a consciência jurídica que não se satisfaz apenas com as consequências práticas das decisões mas precisam justificá-las, legitimá-las frente ao repertório de construções passadas que é o ordenamento jurídico e a consciência jurídica atual, de maneira a conferir a unidade de sentido que lhes permitem ser um vínculo entre o passado e o futuro dos povos. A evolução dos *topos* norma de interesse da ordem pública é, nesse sentido, testemunho dos esforços de algumas gerações de operadores do direito e teóricos do direito, que laboraram para compatibilizar os novos ares com as construções antigas e que imprimiram, com os seus talentos e com o seu mister, uma marca nas estruturas do Estado Social.” (RIBEIRO, Maurício Moura Portugal, *O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar*: périplo do paradigma de dogmática contratual pós-napoleônica, cit., p. 151).

<sup>211</sup> “Nem toda norma impositiva pode ser considerada de ordem pública. Isto porque o caráter de *ordem pública* decorre de sua finalidade de manutenção de valores sociais relevantes, que se sobrepõem à esfera particular e subordinam interesses de pessoas individualmente consideradas e de grupos sociais, organizados ou não.” (ROQUE, Nathaly Campitelli, *A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública*, cit., p. 279).

<sup>212</sup> “Nesse contexto insere-se o conceito de ordem pública, identificável como o bem público ou o interesse social, a qualificar determinadas leis como obrigatórias, imperativas ou proibitivas, porquanto relacionadas com o que mais interessa à sociedade. A par de representar a possibilidade de terceiro estranho à relação jurídica (no caso, o Estado-legislador) interferir em sua formação e desenvolvimento, a ordem pública identifica-se como o bem público ou o interesse da coletividade. Compreende um complexo de princípios e valores que informam a organização política e econômica da sociedade e sobre o qual se edifica o ordenamento jurídico. A atuação legislador, fundada na ordem pública, deve ser confrontada com os imperativos da justiça contratual, do equilíbrio das partes na relação jurídica e da função social do contrato, porque a prevalência do interesse público sobre o particular não é absoluta. A preservação de um mínimo de liberdade individual constitui um imperativo da ordem pública, atuando, o princípio-garantia da irretroatividade da lei, de modo decisivo, na imbricada relação Estado-indivíduo-sociedade. Embora a lógica do interesse público, via de regra, prevaleça à do interesse individual, pondo-se em contraste com a autonomia privada, em virtude da necessidade de a ação do particular respeitar a ordem valorativa consagrada pelo ordenamento jurídico, a



## 2.4 Relação entre ordem pública e processo civil

Conforme visto, a ideia de ordem pública em um ordenamento jurídico relaciona-se com a busca e o legítimo controle estatal de valores, condutas e efeitos, gerando uma sensação de equilíbrio, harmonia e de segurança jurídica para a sociedade.

Entretanto, a expressão ordem pública, pela sua abrangência<sup>213</sup> e correspondência com os interesses mais elevados da coletividade, muito bem se adéqua ao estudo do direito internacional público e privado, por tratar de relações que envolvem a soberania dos Estados, mas geram propósitos mais específicos em outras ciências jurídicas, e aí se iniciam os problemas conceituais e pragmáticos.

Por essa razão, transpor as concepções da ordem pública para o direito processual civil implica, inicialmente, em identificar a finalidade e o funcionamento da disciplina, no que tange aos meios de controle adequados à sua regularidade, de acordo com as premissas constitucionais vigentes.

Para tanto, necessário se faz avaliar a evolução de seu funcionamento, bem como as características que marcam a sua atualidade, não só sob o viés da Administração pública, mas também sob a ótica do jurisdicionado, que é quem ao final se subordina à autoridade judicial ou nela confia para a solução de um conflito.

Portanto, a relação entre a ordem pública e a ciência processual civil deve ser avaliada considerando-se as premissas que envolvem ambas as matérias e as formas de se interligarem, objetivando extrair dessa composição benefícios em favor do processo justo, efetivo, adequado e célere.

## 2.5 Características da ordem pública processual

---

autonomia privada, mais do que mero fator de renovação do sistema jurídico, representa uma faceta da liberdade do homem e de sua existência digna, fundamentos do Estado Democrático de Direito. Portanto, a definição de qual interesse público deve prevalecer só se realiza concretamente, mediante a ponderação de valores por vezes em conflito.” (CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. A incidência imediata da lei de ordem pública no âmbito das relações contratuais. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. Rio de Janeiro, v. XVIII, ano 5, v. 18, p. 386, abr./jun. 2005).

<sup>213</sup> “A expressão *ordem pública* designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.” (TIBURCIO, Carmem, A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 210).

A ordem pública, entendida como um estado de coisas de natureza constitucional buscado pelo direito e necessário para alcançar a segurança e confiança dos cidadãos, atua como um paradigma jurídico a ser perseguido e mantido pelo Estado, por meio de seu poder de controle e de intervenção restritiva às liberdades públicas.

No direito processual civil – disciplina jurídica que integra o direito público e que trata das normas reguladoras da função jurisdicional do Estado –, a ordem pública se manifesta como fator regulador e diretivo, e também como fundamento para a aplicação de um limite estatal à autonomia privada e pública, por meio do poder de restrição e do dever de controle do juiz, e que constitui um direito subjetivo dos jurisdicionados à organização processual<sup>214</sup> e ao afastamento dos eventuais defeitos que poderiam comprometer a prestação de uma tutela jurisdicional integral.

Dessa forma, no processo civil o grande desafio é conseguir equacionar os atos dispositivos ou as faculdades de agir dos envolvidos na relação jurídica processual com os interesses de ordem pública que justificariam as intervenções e o controle estatal pelo magistrado.

Nesse contexto, no plano processual, a ordem pública estaria diretamente relacionada à observância da cláusula do devido processo legal, atuando como um objetivo e, ao mesmo tempo, um limite à livre disposição dos sujeitos processuais.

Não obstante, em sendo a ordem pública um estado de coisas estático, o que importa para a sua compreensão e aplicação é, na verdade, a análise do seu viés dinâmico, que envolve os princípios, os interesses públicos e os mecanismos responsáveis pela sua realização. Esses instrumentos, por sua vez, podem variar de acordo com o tempo e espaço em que se analisa, adequando-se às mutações valorativas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas, ajustando-se sempre às tendências processuais e sociais que acompanham a política legislativa, judiciária e doutrinária em vigor.

Por essa razão, necessário se faz entender a evolução dos principais fenômenos e teorias que inspiraram e conduziram o processo civil ao longo de sua trajetória, possibilitando a assimilação adequada de seu funcionamento nos dias atuais.

De qualquer modo, no processo civil<sup>215</sup>, o estado de coisas chamado de ordem pública se expressa pelo controle da regularidade e desenvolvimento de atos e procedimentos,

---

<sup>214</sup> Ver: VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L'ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 89-90.

<sup>215</sup> “Em conclusão, é lícito dizer que, no âmbito do direito processual civil, a ordem pública se volta a garantir o amplo acesso à Justiça, assegurados os ditames da legalidade do processo, a fim de afirmar este último como garantia fundamental do jurisdicionado, traçando limites claros à atuação do poder estatal, que deve agir de

chamando a atenção dos envolvidos na relação processual para a presença de defeitos tidos como graves, intransponíveis, bem como para a necessidade de afastá-los para se garantir a legalidade. Nesse passo, é com o resguardo da integridade e da adequação dos atos processuais e dos procedimentos que se assegurará o estado de ordem pública processual.<sup>216-</sup>  
217

Ressalte-se que essa intervenção pelo juiz, bem como as suas consequências, são medidas de exceção para a preservação do interesse público, mas também para a proteção das próprias partes.

Não obstante, o processo contemporâneo compreende valores e técnicas próprios de seu tempo, o que inclui atender ao máximo à efetividade dos direitos materiais judicializados, por meio de uma instrumentalidade adequada e da duração razoável do tempo do processo. Trata-se de direitos fundamentais que foram agregados à noção de ordem pública processual.

Assim, a denominada “ordem pública processual”<sup>218</sup> representa uma técnica destinada à correta identificação e aplicação das técnicas processuais, bem como o exercício do controle da regularidade processual, por todos os sujeitos processuais, mas em especial pelo juiz, de modo adequado e tempestivo, visando a resolver concreta e proporcionalmente os eventuais

forma célere e efetivar o direito reconhecido ao pleiteante.” (ROQUE, Nathaly Campitelli, *A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública*, cit., p. 273).

<sup>216</sup> Atestando a existência dessa espécie de ordem pública: “Em suma, assim como em outros países, também no Brasil a decisão estrangeira não deverá ser homologada se não houverem sido observados elementos básicos do devido processo legal, garantia integrante da ordem pública processual brasileira, na qualidade de preceito fundamental.” (TIBURCIO, Carmem, *A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 224).

<sup>217</sup> “Condições da ação, pressupostos processuais e nulidades absolutas são normas de caráter impositivo, já que não comportam nenhum tipo de poder de negociação para as partes ou escolha de aplicação por parte do juiz quanto a seus termos pelos envolvidos na relação jurídica processual. As categorias acima mencionadas são, como também apontado acima, expressão da ordem pública processual e sua não observância ensejará atuação do juiz para reestabelecer o correto estado de coisas no processo. Daí porque podemos concluir que a regência das condições da ação, pressupostos processuais e nulidades absolutas são categorias de normas de ordem pública e sua ocorrência gera a necessidade de decisão, por constituírem *questões de ordem pública*. [...] Outros temas em que se identifique observância dos primados do devido processo legal, valor base do processo, e que se observa a existência de resposta normativa cogente, dando competência ao juiz de sanar o defeito ou extinguir a demanda de ofício, está-se diante de situação de fato que envolve a ordem pública.” (ROQUE, Nathaly Campitelli, *A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública*, cit., p. 281).

<sup>218</sup> “[...] a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 106).

defeitos e suas consequências, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional seja legítima e integral, com a pronúncia de mérito.<sup>219</sup>

Ressalte-se que há quem defenda<sup>220</sup>, inclusive, a existência do “princípio da prevalência da decisão de mérito”. *Data maxima venia*, a pronúncia de mérito é uma consequência lógico-normativa inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, de modo que não deve ser tratada de forma finalística, e sim como uma regra de conduta descritiva.<sup>221</sup>

Em outros termos, a eventual extinção anômala do processo, ou seja, sem resolução do mérito, seria uma exceção decorrente da infringência grave a outras normas previamente estabelecidas, e sem que se tenha conseguido o saneamento pelos métodos de instrumentalidade do processo civil.

Dessa forma, a eventual adoção do “princípio da prevalência da decisão de mérito” significaria dar um caráter axiológico à pronúncia de mérito, de estado ideal de coisas, e não de uma regra que já descreve uma conduta que deve ser necessariamente cumprida, como é o caso.

Destarte, a ordem pública processual funciona como elemento regulador da marcha progressiva do processo, podendo atuar como um limite ou com caráter proibitivo, mas também de forma permissiva, autorizando condutas de maior eficiência e possibilitando a superação dos defeitos processuais.

Registre-se ainda que o processo civil, não só no Brasil, como também em outros países, caminha para uma maior disponibilidade de suas regras e uma maior participação das partes no manejo dos atos e do procedimento, característica que deve ser considerada e absorvida como parte integrante de um sistema remodelado, não mais pautado na clássica dicotomia entre o público e o privado, e cujo objetivo é a realização de um processo cada vez mais condizente com a maturidade social e jurídica da atualidade, inclusive aceitando-se a

---

<sup>219</sup> “A ordem pública processual compreende o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle da regularidade do processo, ou seja, para *salvar* processos, permitir que sejam conduzidos ao julgamento de mérito. [...] A ordem pública processual só pode ser interpretada como um conjunto de técnicas voltadas ao *tempestivo* controle sobre a viabilidade do processo.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 65).

<sup>220</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 94-104.

<sup>221</sup> Neste sentido são as valorosas lições de Humberto Ávila: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78-79).

utilização de técnicas processuais formuladas ou sugeridas pelas partes, flexibilizando a tradicional rigidez do sistema.<sup>222</sup>

Sendo assim, a ordem pública processual, embora possua várias perspectivas, tem como papel primordial constituir uma relevante técnica processual destinada a sanear o processo, identificando e afastando as impurezas que contrariam os princípios basilares do ordenamento jurídico e que são capazes de comprometer o alcance da resolução do mérito ou, então, a legitimidade da tutela jurisdicional.

## 2.6 Princípios constitucionais norteadores da ordem pública processual<sup>223</sup>

### 2.6.1 Segurança jurídico-processual

A noção de segurança está inserida na sociedade e constitui o pilar de sustentação do sistema jurídico, firmando-se na certeza, na previsibilidade e na estabilidade do direito e das relações jurídicas, fazendo-se essencial na estruturação de uma sociedade organizada. Por sua vez, a segurança deve ser vista sob a ótica do indivíduo e não a do Estado<sup>224</sup>, a fim de garantir, de forma ampla, os direitos e as liberdades<sup>225</sup> públicas.<sup>226-227</sup>

<sup>222</sup> “[...] *La vera garanzia dela giustizia civile non è rappresentata dal ‘poter agire in giudizio’, ma dalle forme di tutela (dai remedies) che si possono in concreto domandare e ottenere dal giudizio del giudice. Il diritto esiste inquanto sai disponibile il rimedio. Di qui il classico brocardo ‘remedies precede rights’: dominante di volta la disponibilità del rimedio in teso come cura di un ‘torto’ (wrong), mentrel’interesse protetto ne rappresenta soltanto il posterius.*” (TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte Europea dei Diritti Dell’uomo (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 61, n. 1, p. 42, genn./mar. 2007).

<sup>223</sup> Lenio Streck critica a proliferação de princípios constitucionais com pretensão retórico-corretiva, por considerar uma tautologia. Entre os princípios elencados pelo autor, estão alguns com ampla utilização no campo do processo civil, como, por exemplo, o princípio da efetividade constitucional, da não surpresa, do processo tempestivo, da instrumentalidade processual, da cooperação processual, da recursividade, da dialeticidade, da elasticidade ou adaptabilidade processual, da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença, da adequação. Em outra passagem, questiona a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como metarregras, já que a proporcionalidade deve estar presente em todo processo decisório (STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, cit., p. 518-536).

<sup>224</sup> “A segurança é vista aqui a partir do indivíduo e não do Estado, isto é, a partir de um discurso de direitos e não de restrição de direitos. [...] O direito à segurança de direitos, fundamentado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, já estava previsto, ainda que implicitamente, no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Nesse preâmbulo, verificava-se o compromisso dos Estados de ‘promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa e da observância desses direitos e liberdades.’” (PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela, *Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos*, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 48).

<sup>225</sup> “O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade.” (BARROSO,

Com efeito, a Assembleia Nacional francesa, ao instituir a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>228</sup>, já estabelecia a segurança como um direito natural e imprescritível do homem e do cidadão, cuja conservação era imprescindível, o que veio a se consolidar com o advento da Constituição de 1973.<sup>229</sup>

Não obstante, a segurança também esteve presente implicitamente no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao prever que “os Estados-membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades”.

Assim, a segurança é uma necessidade humana que representa a confiabilidade da sociedade na própria organização estatal.

A segurança *jurídica*<sup>230</sup>, por sua vez, expressa e legitima o próprio Estado de Direito<sup>231</sup>, que é aquele capaz de reconhecer e garantir os direitos fundamentais por meio de

Luís Roberto, Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 139).

<sup>226</sup> “[...] A concepção democrática do Estado de Direito reflete uma realidade densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. [...]” (STF – MS n. 24.849, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 22.06.2005, DJ, de 29.09.2006).

<sup>227</sup> Sobre as liberdades públicas, ver: NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>228</sup> “Art. 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

<sup>229</sup> “O próprio constitucionalismo francês procurou conceituar o termo no preâmbulo da Constituição de 24 de junho de 1793: ‘A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades’. Tal formulação se aproxima da cláusula do devido processo legal do direito anglo-saxão, incorporada quase literalmente à Constituição brasileira em vigor, no art. 5º, LIV.” (BARROSO, Luís Roberto, Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 139).

<sup>230</sup> “A segurança jurídica é, como se tem por óbvio, segurança constitucional. Quando não há garantia do direito constitucionalmente posto, não se há cogitar de segurança de direitos infraconstitucionais. De resto, a segurança põe-se a partir da confiança que se tem no Estado e no Direito que esta pessoa formalmente positiva. Ora, o Estado de Direito é o Estado Constitucional. O ramo do direito que estrutura e organiza o Estado é o constitucional, a partir do qual todos os outros ramos se concebem e se põem.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 170).

<sup>231</sup> “Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para

sua constitucionalização, na mesma medida que deve proteger a confiança legítima dos cidadãos no funcionamento adequado do ordenamento jurídico. Esses dois elementos – segurança jurídica e confiança legítima – acabam por estabelecer uma ordem constitucional necessária à organização social, traduzindo-se, em última análise, na perspectiva de se alcançar a justiça e a paz na sociedade.

Quanto à sua natureza jurídica, há divergência doutrinária quanto a constituir um valor<sup>232-233</sup>, um princípio<sup>234</sup> ou uma qualidade do sistema jurídico<sup>235</sup>. Pode ainda ser classificada como uma garantia, como proteção dos direitos subjetivos, como direito social e como a finalidade do direito<sup>236</sup>. Contudo, todos esses diferentes ângulos estão presentes na caracterização da segurança jurídica<sup>237</sup> e indicam a sua relevância para o Estado de Direito.<sup>238</sup>

---

além desta, da própria ordem jurídica internacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 90).

<sup>232</sup> “O valor decorre de um juízo sobre algo, um juízo adjetivador que reconhece uma qualidade em jogo, podendo ser o objeto de análise deste juízo uma conduta humana ou não. O princípio, enquanto espécie de norma jurídica que é, espelha um valor, mas ultrapassa o campo de análise deste, pois além de espelhar uma determinada opção do sistema por aquele valor, também determina condutas futuras.” (OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Sistemas, regras e princípios na Constituição brasileira de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6).

<sup>233</sup> “A segurança é um dos valores que informam o direito positivo. Em verdade, a positividade do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas.” (SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 15).

<sup>234</sup> “Pode-se, com isso, afirmar que a segurança jurídica é uma norma jurídica que determina a adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, cuja concretização depende de regras abstratas ou concretas. Noutras palavras, segurança jurídica é uma *norma* que determina a realização de um *estado de fato* marcado, como já referido, pela capacidade do indivíduo de fazer dignamente um planejamento estratégico juridicamente informado e respeitado da sua ação.” (ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, cit., p. 182).

<sup>235</sup> Nesse sentido: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 168.

<sup>236</sup> “Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: *a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito*.” (SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 17).

<sup>237</sup> “Diante das considerações anteriores, surge a indagação: a segurança jurídica como norma, ‘é’ subprincípio, sobreprincípio ou princípio? A resposta precisa é ‘depende’: se a segurança jurídica é analisada na sua eficácia direta, assume a posição de *princípio*, pois não predetermina um meio, mas sim um ideal de coisas cuja realização depende da escolha de um meio necessário e adequado; se a segurança jurídica é examinada na sua relação com outras normas e, portanto, na sua eficácia indireta, ora pode assumir a qualidade de *subprincípio*, se a perspectiva de análise for aquela que examina a sua relação com uma norma que estabelece um ideal mais amplo a ser atingido, ora pode exercer o papel de sobreprincípio, se o ângulo de investigação for aquele que envolver a sua ligação com normas que fixem ideais menos amplos. A ideia é simples: se a dimensão normativa depende de uma relação, sem definir esta, não se pode determinar aquela. Desse modo, a segurança jurídica, como norma jurídica, é princípio intermediário (*Zwischenprinzip*) relativamente aos princípios que

Não por outra razão, a segurança jurídica assume uma posição de destaque na estrutura constitucional brasileira. Apesar de não ter sido expressamente considerada, inúmeras normas indicam a sua matriz constitucional, iniciando pela sua previsão logo no preâmbulo, como objetivo a ser perseguido pelo Estado de Direito, bem como no artigo 5º, *caput*, como sendo um direito e uma garantia fundamental.

A segurança jurídica ainda abrange uma série de variáveis<sup>239</sup> – ideológicas, formais e materiais – que contribuem para o regular desenvolvimento estatal e social.<sup>240</sup>

---

lhes são axiologicamente sobrejacentes (*Hauptprinzipien*), como o princípio do Estado de Direito, e os subprincípios que os concretizam (*Unterprinzipien*), como os princípios da legalidade e da irretroatividade. [...] A única dimensão normativa inalterável é a de princípio jurídico.” (ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, cit., p. 631-632).

<sup>238</sup> “Já a segurança jurídica é um valor inerente ao Estado de Direito, e é vista na doutrina não só como a garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, mas também como a previsibilidade da atuação do Estado em face do particular, exigindo para si, portanto, regras fixas. Sua presença, ora como valor, ora como princípio, ou assumindo outras facetas, é constante nos países democráticos do mundo inteiro. Nos dias 10 e 11.09.1999, juristas de diversos países reuniram-se em Aix-en-Provence (França), para discutir o tema ‘Constituição e Segurança Jurídica’. Na mesa-redonda que lá foi realizada, foram expostas as diversas visões acerca do tema em questão, permitindo que se perceba a extensão e a importância da segurança jurídica no mundo contemporâneo. Após longos debates, em que se apresentou a visão de cada sistema, chegou-se a um acordo sobre os elementos que fazem parte da segurança jurídica: não retroatividade, confiança legítima, continuidade da ordem jurídica, clareza dos textos e conhecimento das regras jurídicas. No direito alemão, a segurança jurídica é identificada com a clareza da lei – ‘o direito vigente é compreensível para o cidadão’ – com a proteção à confiança na ordem jurídica – que se ocupa da ‘continuidade das leis, já que, em certa medida, a segurança jurídica requer que o cidadão confie na subsistência das leis’ – e com a proibição de retroatividade – pois ‘afeta-se a confiança se ocorrerem modificações retroativas da lei, isto é, quando fatos situados no passado podem ser objeto de novas avaliações’. Como noticia Torsten Stein, o Tribunal Federal Constitucional Alemão levou ao extremo a ideia da segurança jurídica como confiabilidade no direito positivo, ao determinar que se deveria aceitar lei formalmente inconstitucional por razões de segurança jurídica. Trata-se, no entender de Willy Zimmer, de um imperativo que deriva, como o princípio da igualdade, de um princípio geral do Estado de direito, sendo aqueles elementos essenciais deste. Em França, afirma Bertrand Mathieu que a segurança jurídica é um ‘produto de importação’ do direito alemão, cuja crescente importância decorre também do desenvolvimento do direito comunitário europeu. Seguindo a influência alemã, a questão é também, aqui, posta de forma semelhante, associando-se a segurança jurídica às exigências de qualidade da lei e previsibilidade do direito. E, dentro dessas duas facetas da segurança jurídica, inserem-se os princípios da clareza, acessibilidade, eficácia e efetividade da lei (associados à qualidade da lei), assim como os princípios da não retroatividade, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima e da estabilidade das relações contratuais (associados à previsibilidade do direito).” (AMARAL, Guilherme Rizzo, *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”*, cit., p. 242-244).

<sup>239</sup> “No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem: 1. A existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. A confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. A estabilidade nas relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. A previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. A igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.” (BARROSO, Luís Roberto, *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 139-140).

<sup>240</sup> “Todos os povos culturalmente evoluídos de nossa civilização veem na segurança jurídica um elemento essencial (e, por isso, indispensável) do Estado de direito democrático, cuja presença na configuração dessa modalidade de Estado nem mesmo depende de literal previsão na constituição de cada país. Trata-se de elemento que deflui naturalmente da ideia de Estado de direito, nos padrões concebidos pela democracia.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio*



Não bastasse, o reconhecimento e a positivação de direitos fundamentais pela nossa Constituição faz com que o Poder Público reconheça e efetive tais direitos, sempre sob uma perspectiva ampliativa. Essa perspectiva inclusiva é essencial para assegurar os direitos subjetivos constitucionalmente declarados. Por sua vez, o Estado Democrático de Direito deve buscar concretizar os direitos e garantias fundamentais, por meio de instrumentos aptos a trazer efetividade a eles. Aqui a segurança jurídica atua como uma garantia.

Além disso, o Estado deve agir de acordo com suas limitações formais e materiais, estando sujeito, assim, ao princípio da legalidade como mecanismo de limite e de controle social, inclusive como meio de se garantir a igualdade perante a lei. Nessa perspectiva, a segurança jurídica desponta como um instrumento de limite e, ao mesmo tempo, de controle dos atos públicos e particulares.

Por fim, o Poder Público deve prever e zelar pela previsibilidade dos comportamentos, tanto dos indivíduos como dos entes estatais, conferindo confiança e boa-fé por meio da estabilidade e da durabilidade dos direitos e das relações jurídicas. Nesse aspecto, a segurança jurídica é vista como um direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica.

Outrossim, não se pode negar que o aspecto psicológico que envolve a segurança e a confiança legítima do cidadão faz brotar um importante fator valorativo, consistente na sensação de ordem que confere legitimidade política, jurídica e social ao ordenamento jurídico.<sup>241</sup>

---

*da segurança jurídica*. p. 32. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

<sup>241</sup> “É o direito à segurança que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certos e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos no sistema, e que a sua mudança não se fará segundo o quanto nele estabelecido (o que, numa democracia, não será de atropelo nem sem o prévio conhecimento do que vem a ser cada item jurídico mudado ou produzido como novo direito). O princípio da segurança jurídica manifesta-se em variadas conformações institucionais, comparecendo quer no princípio da não retroatividade das leis e dos atos normativos, quer na regra que obriga o juiz a atentar ao direito intertemporal, quer naquelas relativas à prescrição, à decadência e à preclusão, enfim, em todos os institutos que revelem eficazes a confiança e a fé cidadã que a pessoa tem no sistema jurídico, no qual lhe é garantido o direito à segurança. Segurança jurídica firma-se como paládio de convicções e confiança. Se o direito não se afirma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como expressão maior da criação social e estatal. Por isso, segurança jurídica produz-se na confiança que se põe no sistema e na convicção de que ele prevalece o observa-se obrigatória e igualmente por todos. Segurança jurídica diz, pois, com a solidez do sistema. É desta qualidade havida no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social. A incolumidade da ordem jurídica assinala-se, ainda, pela sua firmeza, manifestada por sua imposição como sistema inexpugnável e incontornável, do qual não se pode ausentar um ou outro, segundo a conveniência de cada qual. A invulnerabilidade do patrimônio de bens jurídicos da pessoa repousa na segurança de que se lhe apresenta como direito fundamental, que o resguarda de violações e põe-no a salvo de tormentas socioeconômicas, políticas e jurídicas.” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade*, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 168-169).

Como se vê, a segurança jurídica pode assumir inúmeros contornos, e todos são válidos para a subsistência do Estado do Direito e da ordem constitucional.

Sendo assim, a segurança jurídica é o princípio cuja finalidade é alcançar a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico<sup>242</sup>. Por isso é inserida na teoria geral do direito, sendo explorada também no campo da filosofia do direito e na teoria do Estado de Direito.

Contudo esse princípio, indispensável à estrutura jurídica de qualquer sistema, pode ser visto sob um enfoque mais específico<sup>243</sup>, levando em consideração as peculiaridades de cada ramo do direito, de acordo com os bens jurídicos tutelados.

Assim, quer-se dizer, por exemplo, que os meios de se alcançar a segurança jurídica no processo penal são bem mais rígidos e protetivos do que no processo civil. Com isso, não se pode dar um tratamento igualitário ao tema no processo penal, quando se sabe de antemão da diferença de bens e interesses públicos envolvidos e de suas consequências para esse tipo de processo.

Com isso, constata-se uma espécie de segurança jurídica própria do direito processual civil, capaz de fornecer elementos de confiança e estabilidade, mesmo com as crescentes flexibilizações normativas e com a instrumentalidade que a matéria porventura venha a admitir. Trata-se assim da segurança público-processual, cujas características de previsibilidade só podem ser encontradas dentro da sistemática e da perspectiva do próprio direito processual civil.<sup>244</sup>

---

<sup>242</sup> “Há dois sentidos, segundo certos autores, a serem distinguidos no conceito de segurança jurídica: a) a segurança que deriva da *previsibilidade* das decisões que serão adotadas pelos órgãos que terão de aplicar as disposições normativas; e b) a segurança que se traduz na *estabilidade* das relações jurídicas definitivas.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 15. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

<sup>243</sup> Sobre a possibilidade de análise da segurança jurídica sob um enfoque setorial, ver: ÁVILA, Humberto, *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, cit., p. 280. E ainda: TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 15-19.

<sup>244</sup> “Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Aspectos incrementados pela constatação de que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, cit., p. 17).

Nesse contexto, a segurança jurídica no processo civil representa um princípio a ser perseguido para se atingir um estado de ordem pública na relação jurídica processual, pela observância dos direitos e das garantias processuais.<sup>245</sup>

No processo civil a segurança jurídica pode ser identificada em diversos institutos, especialmente na coisa julgada<sup>246</sup>, apesar da crescente discussão sobre a relativização dos julgados, inclusive com fulcro na injustiça da decisão.<sup>247</sup>

### 2.6.1.1 Confiança legítima – expectativas processuais dos jurisdicionados

A confiança legítima<sup>248</sup> decorre do valor da segurança jurídica<sup>249</sup> e indica a necessidade de o Estado alcançar legitimidade e legitimação de seus atos perante a sociedade

<sup>245</sup> Sobre as garantias mínimas do processo justo no direito italiano, ver: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario dicognizione*. 4. ed. Il Mulino: Bologna, 2006. v. 1, p. 98-102.

<sup>246</sup> “A segurança jurídica no âmbito dos actos jurisdicionais aponta para o *caso julgado*. O instituto do *caso julgado* assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapreciação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – *caso julgado formal* –, quer porque a relação material controvertida (‘questão de mérito’ ‘questão de fundo’) é decidida em termos definitivos e irretroatáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – *caso julgado material*. (Cfr. Código de Processo Civil, arts. 497º/1, 672º e 673º).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 264-265).

<sup>247</sup> Sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 314-315.

<sup>248</sup> “O princípio da proteção da legítima confiança é considerado desdobramento do princípio da segurança jurídica, que determina que o direito processual deve trazer segurança às partes. A proteção à confiança, como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, nas palavras de Canotilho ‘se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos’. Ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito ‘se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança’. Assim, a atividade jurisdicional deve orientar-se de acordo com o princípio da proteção da confiança do cidadão.” (MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Requisitos recursais excessivamente formalistas em face do princípio da instrumentalidade das formas segurança jurídica e legítima confiança do cidadão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 201, p. 453, nov. 2011).

<sup>249</sup> “Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *protecção da confiança* se prete mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e protecção da confiança exigem, no fundo (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O *princípio geral da segurança jurídica* em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades como base nessas normas, se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente aos *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos*

porque o princípio da confiança legítima enseja a necessidade de uma justificação formal e material dos atos estatais que atenda às expectativas dos destinatários, conferindo credibilidade e autoridade às condutas impostas, facultadas ou sugeridas.<sup>250</sup>

Trata-se, assim, de uma importante ferramenta psicológica que confere ordem e, por conseguinte, segurança jurídica em todo o sistema jurídico.

A confiança legítima do cidadão<sup>251</sup> no processo decorre do atendimento às expectativas dos jurisdicionados no adequado, eficiente e célere funcionamento do sistema processual e também na prestação efetiva da tutela jurisdicional. Relaciona-se, pois, mais precisamente, ao princípio da efetividade.

Com efeito, dentre os ideais trazidos pela ordem constitucional, destacam-se a efetividade<sup>252</sup> e a segurança jurídica, ambos aliados ao da democracia, que refletiram nos três pilares da disciplina processual – ação, jurisdição e processo.

Na verdade, ao longo da história processual, a segurança jurídica e a efetividade sempre atuaram em movimentos pendulares, moldando-se às exigências do direito material, sendo certo que as recentes reformas processuais têm privilegiado o valor efetividade, em busca de uma satisfação mais rápida do jurisdicionado.

*da administração* - tendencial estabilidade dos casos decididos através dos actos administrativos constitutivos de direitos (cf. Ac. Tc 786/96 e 141/02).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 257).

<sup>250</sup> “Dispomos de duas palavras distintas, dois termos-chave com os quais indicamos os dois diversos níveis ou aspectos do fenômeno da justificação e aceitação do poder: os termos *legitimidade* e *legitimação*. Legitimidade é o termo mais carregado de significado valorativo: quotidianamente dizer que um poder é legítimo equivale a assegurar que é justo, que é merecedor de aceitação, isto é, significa atribuir-lhe uma valoração positiva. De outra parte, dizer que o poder é legitimador, isto é, usar a palavra legitimação, significa dizer que de fato suscita consenso. Podemos, consequentemente distinguir entre *legitimação-atividade* e *legitimação-produto*: a primeira indica o processo por meio do qual o poder busca reconhecimento, consenso, adesão; os meios empregados para isso podem ser múltiplos, desde a satisfação das necessidades fundamentais da população ou de grupos isolados até a propagandas ou ao aspecto de *legalidade* com que se apresenta (como se verá com Max Weber), a apelação a valores transcendentes etc. Com o termo *legitimação-produto* podemos, por outro lado, indicar a legitimação obtida, isto é, a obtenção do consenso. Trata-se, de qualquer forma, de um conceito descritivo.” (CADEMARTORI, Sergio, *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*, cit., p. 117-118).

<sup>251</sup> “A conduta dos órgãos judiciários influencia significativamente o comportamento das partes: estas correspondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a confiança do cidadão. Essas são as palavras do Min. Celso de Mello, do STF, *verbis*: ‘Os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico’, e incidem estes princípios ‘sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado’ [STF, MS 25805/DF, j. 22.03.2010, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática)].” (MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira, *Requisitos recursais excessivamente formalistas em face do princípio da instrumentalidade das formas segurança jurídica e legítima confiança do cidadão*, cit., p. 453).

<sup>252</sup> Entendendo que a função social do processo depende de sua efetividade, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*, cit., p. 8.

No direito estrangeiro, o devido processo legal é cada vez mais valorizado, sendo que a tentativa de se estabelecer o equilíbrio entre a efetividade e a segurança jurídica também constitui um dos principais ideais constitucionais pretendidos.

Dessa forma, mais do que o acesso à justiça, exige-se que os meios processuais estejam em consonância com a legalidade e os direitos e garantias fundamentais e que, ainda, assegurem a efetividade da tutela jurisdicional.

Em outros termos, o princípio da efetividade reflete na possibilidade de adequação do procedimento ao direito material tutelado, no alcance de uma decisão de mérito que resolva definitivamente a controvérsia das partes, na realização concreta do direito declarado em juízo e, ainda, que tudo isso ocorra numa razoável duração do processo.<sup>253</sup>

Com efeito, a ordem pública, entendida como um estado de coisas buscado pelo direito e necessário para alcançar a segurança e confiança dos cidadãos, atua no processo como um paradigma jurídico a ser seguido, quando do controle da regularidade dos atos e procedimentos. Assim, é com o resguardo da integridade e adequação dos atos processuais que se garantirá o estado de ordem pública processual.

Portanto, conciliar segurança jurídica com efetividade<sup>254</sup> exige um ordenamento processual equilibrado, com técnicas apuradas e profissionais habilitados, capazes de promover a sensação social de que o processo, de fato, atende às expectativas do ordenamento quanto à função jurisdicional do Estado de Direito, alcançando, por conseguinte, a confiança legítima dos cidadãos.

---

<sup>253</sup> “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a ‘necessidade de tutela’ manifestada na demanda. Para tanto é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto. Essencial, ainda, que outorguem o máximo de efetividade, desde que preservados outros direitos fundamentais, a exemplo do direito ao processo justo, que é a concretização deontológica do valor da segurança no Estado constitucional. Significa isso não só afastar, na medida do possível, a tipicidade das formas de tutela como também elastecer seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação. Também é indispensável que a tutela possa se refletir efetivamente no mundo social. Não basta apenas declarar a existência do direito, mas realizá-lo faticamente quando necessário.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, cit., p. 19-20).

<sup>254</sup> “Como já afirmamos noutra oportunidade, efetividade e segurança jurídica são, na verdade, *complexos valorativos*, pois abrigam elementos que também podem ser designados de valores em suas esferas de atuação. Assim, por exemplo, o complexo valorativo da efetividade abriga valores como economia processual, celeridade e aproveitamento dos atos processuais. Já o complexo valorativo da segurança engloba a previsibilidade, a confiança legítima nos atos da administração e atos estatais em geral, o respeito ao direito positivo, a dignidade da legislação e a estabilidade das relações jurídicas.” (AMARAL, Guilherme Rizzo,

### 2.6.2 Devido processo legal: o processo justo

Falar em segurança jurídica e em proteção da confiança nos leva necessariamente à análise da cláusula do devido processo legal, instituída no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República, cuja fonte inspiradora foi a Emenda n. 5 à Constituição dos Estados Unidos<sup>255</sup>, porque nessa cláusula estão inseridos os limites legais e materiais das ações estatais, especialmente as jurisdicionais.

A democratização do Estado de Direito brasileiro, sacramentada em 1988, fez surgir uma nova ordem constitucional, sendo certo que o aspecto mais marcante foi a carga ideológica que se inseriu no ordenamento jurídico nacional e que se irradiou por todo sistema.

Com isso, normas regratórias foram convivendo com a ampliação de normas principiológicas, cuja abstração passou a ser preenchida concretamente, modulando-se os efeitos ao direito material.

A cláusula do devido processo legal serve de norte e garantia para a efetivação do direito material, por meio do processo justo e adequado. Assim, os princípios e garantias constitucionais assumem contornos de direito fundamental, fazendo do processo um importante instrumento de realização do direito substancial.

Todo esse aparato normativo – principiológico e regratório – que contorna o processo faz dele um instrumento de alcance da ordem pública e da segurança jurídica. Esses dois fatores de justiça<sup>256</sup> e estabilidade geram a confiança legítima dos cidadãos e de suas expectativas.

O complexo sistema de valores, direitos, garantias e de instrumentos faz do direito processual um direito fundamental em si, responsável pela pacificação social. Nenhum direito substancial, por mais relevante que seja, tem o poder de restabelecer a ordem pública como o processo o faz.

E é por isso que o sistema processual precisa estar funcionando bem, para acudir os conflitos sociais e ter legitimidade perante os jurisdicionados, conferindo ordem, segurança e

---

Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”, cit., p. 241).

<sup>255</sup> Sobre a evolução histórica do devido processo legal, ver: DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Olavo de (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-32.

<sup>256</sup> “A ideia de justiça que realiza esse *maximum* ético no mundo contemporâneo, entendida como a inteligibilidade ou racionalidade imanente do direito positivo no processo histórico da sua formação, tem, portanto, como momento de chegada, a efetividade dos direitos fundamentais declarados e reconhecidos nas ordens jurídicas contemporâneas.” (SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 270).

confiança nos cidadãos. Daí a importância do aprimoramento das técnicas processuais, para que a evolução das relações jurídicas seja acompanhada dos instrumentos aptos a garantir a sua efetividade.

Assim, diversas reformas processuais são propostas e efetivadas, com molde, principalmente, na percepção indicada pela jurisprudência, que acompanha mais rapidamente mudanças sociais e proporcionam a adequação das técnicas processuais. Tal fato, contudo, não abalou a segurança jurídica constitucional e nem a processual. Ao invés, flutua em constante harmonia com o princípio da efetividade, cada vez mais presente nas reformas legislativas processuais, já que, mais do que reconhecer, o ordenamento precisa possibilitar a concretização de direitos por meio de instrumentos eficientes.

Um dos maiores dilemas do processo civil contemporâneo consiste em tentar equacionar o garantismo processual com a efetividade da prestação jurisdicional<sup>257</sup>, melhorando, por conseguinte, a qualidade da justiça. Trata-se de desafio presente na evolução dos sistemas processuais, tanto da *common law*, quanto da *civil law*.<sup>258</sup>

Não obstante, os princípios e garantias fundamentais do processo também constam da Convenção Europeia de Direitos Humanos (arts. 6º e 13) e da Convenção Americana dos Direitos Humanos (arts. 8º e 25), podendo-se concluir que há uma tendência à internacionalização dos requisitos mínimos de um processo justo e equânime, pautada no reconhecimento e na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

A expressão *giusto processo*<sup>259</sup> consta expressamente do artigo 111 da Constituição italiana e representa o que na França se tem por *procès équitable*<sup>260</sup>, o que no Brasil entendemos por devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição. Na visão de Alvaro de Oliveira, o processo justo é a face dinâmica do devido processo legal, uma vez que atrelado aos princípios e aos direitos fundamentais.<sup>261</sup>

---

<sup>257</sup> O assunto é tratado com profundidade em: GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual, in *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*, cit., p. 1-45.

<sup>258</sup> GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6e éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 1-47.

<sup>259</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 116, p. 97-158, jul./set. 2004.

<sup>260</sup> MOUGENOT, Dominique. *Principes de droit judiciaire privé*. Bruxelles: Larcier, 2009. p. 90.

<sup>261</sup> “De tal forma, hoje a segurança jurídica de uma norma deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz à mudança, a movimento, visto que deve estar a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade do direito fundamental a um processo equânime. Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às peculiaridades do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das

Ainda sobre o sistema italiano, afirma Comoglio<sup>262</sup> que a Constituição italiana, apesar de não se referir de modo direto a um modelo de processo e sua origem cultural, estabelece o *requisito mínimo* de um processo equânime e justo como garantias processuais que incluem o princípio da legalidade, a independência e autonomia do Poder Judiciário, o direito inviolável de defesa e a motivação das decisões, dentre outros. Segundo o autor, no direito italiano, a cláusula garantística do devido processo legal é componente fundamental do processo justo. A efetividade também está presente na ideologia constitucional do sistema italiano, que a reconhece e assegura.

Assim, a cláusula constitucional do *devido processo legal* constitui, de forma mais abrangente, os direitos e garantias individuais e coletivas, sendo esses os instrumentos adequados para se atingir o necessário estado de ordem pública dentro do processo, conferindo, por conseguinte, a segurança jurídico-processual e o processo justo<sup>263</sup>. Percebe-se, pois, que a segurança jurídica, o devido processo legal e a confiança legítima são elementos constitucionais que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito e, por isso, devem

---

circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto. Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do ‘devido processo legal’ (art. 5º, LIV, da CF/1988). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. Não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos ‘meios processuais’, mas também um ‘resultado’ qualitativamente diferenciado. Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo’ *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um ‘devido processo legal’, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais. De tal modo, o conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/1988), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/1988), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF/1988) e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, IX, da CF/1988). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva. Um exemplo emblemático é o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF/1988), que permite estabelecer a noção de processo equitativo, e em consequência a norma de princípio ou o direito fundamental da paridade de armas.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, cit., p. 21-22).

<sup>262</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo, *Garanzie costituzionali e “giusto processo”*: modelli a confronto, cit., p. 112.

<sup>263</sup> “[...] o *devido processo legal*, nada obstante ter sido entre nós uma garantia inominada nas Constituições da era republicana, opera em íntima associação com outros princípios supralegais, notadamente o da legalidade, o da igualdade, o do contraditório, o da ampla defesa e, já numa ótica substantiva, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, numa espécie de síntese ou amálgama de diversos direitos fundamentais explícitos e implícitos, tudo revelando a *interdependência* das normas constitucionais.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 415).



pautar todos os atos públicos e privados, objetivando, em última análise, o alcance da ordem pública.

Embora seja necessário haver interdependência e harmonia axiológica entre o princípio da segurança jurídico-processual, a finalidade de se atingir a ordem pública processual e os instrumentos processuais garantidores, esses três elementos não se confundem entre si, pois são diferentes na natureza jurídica, nos objetivos e nas consequências de sua não observância. Em outros termos, a segurança jurídico-processual é a perspectiva valorativa, a ordem pública processual é o elemento limitador e de controle e as garantias processuais são os efetivos instrumentos colocados à disposição dos sujeitos do processo para o alcance da legitimação do processo decisório.

Existe, pois, uma relação de circularidade entre os elementos da ordem constitucional: a segurança jurídica<sup>264</sup>, o devido processo legal e a confiança legítima dos cidadãos<sup>265</sup> proporcionam um sistema jurídico justo, adequado e efetivo, e este, por sua vez, confere a segurança jurídica<sup>266</sup>, a ordem pública e a legítima expectativa de concretização dos direitos e garantias fundamentais<sup>267</sup>. Esse *feedback* entre o Estado e a sociedade é essencial para o bom funcionamento do ordenamento jurídico e também para a própria democracia. Nesse contexto, a ordem pública processual se confirma como o elemento justificador da segurança jurídico-processual<sup>268</sup>, pautado no respeito aos princípios e garantias fundamentais do processo.

<sup>264</sup> “Para organização de seu programa pacificador, o Direito maneja com dois valores primaciais: a Justiça e a Segurança. O primeiro deles corresponde a anseio de ordem ética, cujo conteúdo é variável e indefinível, tendendo quando levado a sua pureza extrema a um caráter absoluto inatingível pelas limitações do conhecimento possível do homem, dentro do plano da racionalidade. O segundo é a meta prática, concreta, que o direito pode e deve realizar, e que a inteligência humana pode perfeitamente captar, compreender e explicar. É com o seu concurso que a paz procurada pela sociedade consegue ser estabelecida.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 26-27. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014).

<sup>265</sup> “O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao Poder Público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.” (SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro, in *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*, cit., p. 114).

<sup>266</sup> “[...] O mundo do Direito, portanto, não é o da Justiça (em seu feito absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*, cit., p. 30).

<sup>267</sup> “No sentido do texto, temos a convicção de que nenhum outro instituto representa essa nova visão não apenas acerca da atitude hermenêutica, do papel do poder judiciário no Estado Constitucional, como também no próprio conceito de norma jusfundamental quanto o instituto do devido processo legal substantivo como juízo de adequação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 475).

<sup>268</sup> “A segurança jurídica resulta presente, aprioristicamente, em três esferas subjetivas distintas da pessoa. Primeiro, no que se pode denominar de *bem-estar* jurídico-social decorrente da certeza de existência de um

### 2.6.3 O postulado da eficiência processual

A evolução do processo civil, após a sua constitucionalização, culminou na necessidade de remodelar o formalismo existente e agregar o princípio da efetividade em seu conteúdo, fazendo com que as formalidades processuais fossem compatibilizadas com o princípio da celeridade<sup>269</sup>, com o princípio da economia<sup>270</sup> e com a plena satisfação dos provimentos jurisdicionais.

Esse movimento cada vez mais crescente pela defesa da efetividade do processo como um direito fundamental foi absorvido pelas últimas reformas legislativas, pelas atuais novidades doutrinárias e pela sensibilidade jurisprudencial, moldando o atual panorama processual.

No campo dogmático, o princípio da efetividade se identifica ao que foi inserido na Constituição como princípio da eficiência, cujos contornos são integralmente aplicáveis ao Poder Judiciário e ao direito processual, sem prejuízo de se reconhecer a distinção conceitual entre eficácia, efetividade e eficiência.<sup>271-272</sup>

ordenamento jurídico genérico garantidor dos direitos, delimitador dos deveres e assegurador das liberdades individuais; segundo, na *justiça com paz*, que é escopo mediato da jurisdição; terceiro, na *certeza* de que a *quaestio*, em sede de Processo Judicial de Solução de Conflitos, guardados os limites objetivos e subjetivos de sua ocorrência, não se repetirá jamais (coisa julgada). Na interação dessa tríade tem-se, por consequência, a ordem pública preservada.” (GONÇALVES, William Couto, *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*, cit., p. 164-165).

<sup>269</sup> “[...] a par das ricas interimplicações, não se pode confundir o princípio da *efetividade* com o princípio da *celeridade*. Este é uma norma cujo conteúdo desejado é a rápida entrega da prestação jurisdicional, norma esta que se inspira na crença valorativa de que ‘justiça atrasada é injustiça qualificada’.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, v. 121, p. 291, mar. 2005).

<sup>270</sup> “[...] o princípio da economia processual é norma de comportamento, é norma de primeiro grau, é norma que fixa como fim prático desejado um processo civil em que se obtém o máximo de proveito com o mínimo de atividade dos sujeitos envolvidos.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 294).

<sup>271</sup> Em resumo: “*Eficácia* (noção lógico-normativa) significa tanto o plexo de situações jurídicas quanto a aptidão dos atos jurídicos para a produção de efeitos no mundo fático. Já o termo *efetividade* (noção empírico-normativa) significa o grau de materialização de preceitos normativos no mundo fático. Por fim, *eficiência* (noção finalístico-normativa) significa a relação de identidade entre o estado de fato decorrente da efetivação de uma regra e o estado ideal de coisas desejado pelo princípio inspirador dessa regra. Com isto, pode-se distinguir o princípio processual da efetividade (= que fixa como fim desejado um processo civil em que todas as resoluções judiciais sejam cabalmente cumpridas) e o postulado aplicativo da eficiência processual (=dever estrutural imposto ao juiz de criar regras individuais e concretas de cuja efetivação possa resultar o estado fático desejado pelo princípio a elas subjacente).” (COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 275).

<sup>272</sup> Em outro contexto: “A *eficiência* não se confunde com a *eficácia* nem com a *efetividade*. A eficiência transmite sentido relacionado ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, *eficácia* tem relação com os *meios e instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a *efetividade* é voltada para os *resultados* obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora

A eficiência<sup>273</sup>, considerada como a capacidade de alcançar objetivos e metas programadas de forma otimizada em termos de custo e tempo, foi introduzida no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988<sup>274</sup>, pela Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998, na qualidade de princípio da Administração Pública.

A reforma administrativa que acrescentou o princípio da eficiência teve por finalidade melhorar um modelo de gestão considerado burocrático e formal, para conferir-lhe um perfil mais gerencial, rápido e eficaz<sup>275</sup>, trazendo, assim, bons e competentes resultados, com uma margem mínima de erros.<sup>276</sup>

---

não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23).

<sup>273</sup> “O dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue. O tema da eficiência não é novo no Direito anglo-saxão, onde são diferenciadas duas exigências: o dever de atingir o máximo do fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); o dever de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*).” (ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 19, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013).

<sup>274</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

<sup>275</sup> “A eficiência, tal como se a entende neste trabalho, é implicação da própria atribuição de fins à administração pública. Com efeito, a administração, de acordo com o ordenamento jurídico, deve promover a realização de vários fins. Quando a administração emprega um meio que, embora adequado à realização de um fim, não serve para atingi-lo minimamente em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, o fim não é promovido satisfatoriamente. A instituição de fins a serem promovidos pela administração impede que ela escolha meios que não os promova de modo satisfatório. Essa exigência mínima de promoção dos fins atribuídos à administração é o próprio dever de eficiência administrativa. Eficiente é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.” (ÁVILA, Humberto, *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*, cit., p. 23).

<sup>276</sup> “Consoante a doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental da apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, na atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.” (BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 364).

Como se observa, a eficiência mais se aproxima do conceito econômico do que do jurídico<sup>277</sup>. Contudo, seus atributos podem e devem ser aproveitados no âmbito da Administração Pública, tendo como vertentes não só a gestão administrativa em si, mas também o melhor desempenho de seus agentes para alcançar os resultados pretendidos. Há, portanto, um comprometimento com os interesses sociais, mediante a flexibilização da atividade estatal e aceitação, inclusive, de maior participação da iniciativa privada.

Quanto à natureza jurídica dessa eficiência, há quem defenda tratar-se de um postulado<sup>278-279</sup>, no sentido de ser uma metanorma, com estrutura e finalidade de estado de coisas buscado na aplicação de outras normas (princípios e regras)<sup>280</sup>. Por outro lado, encontra-se entendimento no sentido de que, se a própria Constituição Federal<sup>281</sup> atribui à

---

<sup>277</sup> “Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios resultados.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 671).

<sup>278</sup> “[...] a eficiência não é um valor em si, mas um instrumento de estruturação das ações concretizadoras de valores. Logo, a eficiência não consubstancia um princípio, mas sim o que a teoria hodierna do direito chama de *postulado aplicativo normativo*. [...] O postulado da eficiência é uma metanorma, ou norma de segundo grau, pois estrutura a produção de outras normas, isto é, estrutura a produção de regras em consonância com os princípios que as inspiram. Não impõe o dever jurídico de promover-se um fim, mas estrutura, mediante a produção de regras jurídicas, a aplicação do dever de promover-se os fins que as infundiram. Não prescreve diretamente um comportamento, mas sim uma maneira de elaboração das regras, em que se concorda ao máximo o conteúdo delas com os valores que lhe justificaram a produção e que devem estar nelas imbricados. [...] o postulado normativo da eficiência viabiliza um controle judicial repressivo sobre as ‘ações frustrantes’ dos ideais jurídico-institucionais (metas, objetivos, fins, valores, princípios, tarefas, etc.) impostos ao Estado.” (COSTA, Eduardo José da Fonseca, *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*, cit., p. 292-293).

<sup>279</sup> Nesse sentido, o recente julgado: “Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Militar. Processo disciplinar. Observância do contraditório e ampla defesa. Violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição. Reexame do acervo fático-probatório dos autos. Súmula 279. Alegação de ofensa ao art. 37, *caput*, da Constituição. Ofensa reflexa. Precedentes. Agravo regimental improvido. [...] III – *As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, se dependentes de reexame prévio de normas infraconstitucionais, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição*. III – Agravo regimental improvido.” (STF – AgR ARE n. 728.143, Segunda Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.06.2013, *DJe*, de 24.06.2013).

<sup>280</sup> ÁVILA, Humberto, *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*, cit., p. 8.

<sup>281</sup> Considerando um princípio: “Agravos regimentais no agravo de instrumento. Administrativo. Gratificação de incentivo funcional. Indenização. Concessão a partir do preenchimento dos requisitos. Ofensa indireta. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do STF. Inviabilidade do recurso extraordinário. [...] II – *É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência*. Desta feita, restando comprovado pela servidora pública o preenchimento dos requisitos para o recebimento de Gratificação de Incentivo Funcional, e não demonstrando a Administração qualquer óbice que justifique a demora na concessão do benefício requerido, restam feridos os princípios constitucionais elencados no artigo 37 da Carta Magna, devendo a autora ser ressarcida pelos valores referentes ao benefício que não foram pagos, a partir da data em que o requereu à Administração demonstrando o preenchimento dos requisitos para tanto, e não do despacho que a deferiu, devidamente corrigidos. Apelação conhecida e provida.” 6.

eficiência o caráter normativo ao prevê-la expressamente como princípio<sup>282</sup>, seria inútil tentar encaixá-la em outra categoria jurídica<sup>283</sup>. Porém, essa última corrente é muito simplista e não considera as circunstâncias estruturantes e ideológicas envolvidas, de modo que a qualidade de postulado melhor se encaixa ao instituto.

A eficiência capaz de incrementar o formato de gestão da Administração Pública para torná-lo mais eficaz atinge, necessariamente, o modelo de gerenciamento existente no Poder Judiciário, não só no viés da Administração Judiciária – incluindo o melhor desempenho de seus integrantes<sup>284</sup> –, mas também em relação à gestão de um determinado processo<sup>285</sup> pelo juiz, em cooperação com os demais sujeitos processuais. Por isso, fala-se em postulado da eficiência processual, que representa a normatização da já conhecida efetividade do processo e de seus atos.

Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – AgR AI n. 838141, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.08.2012, *DJe*, de 12.09.2012).

<sup>282</sup> “Por isso, o princípio da eficiência, como todo princípio, não possui caráter absoluto, mas irradia efeitos em *quatro dimensões*: cumpre uma função *ordenadora*, uma função *hermenêutica*, uma função *limitativa* e uma função *diretiva*.” (MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, BA, n. 10, p. 8, maio/jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013).

<sup>283</sup> “Optamos pela menção a ‘princípio da eficiência’, entretanto, por duas razões: a) o texto constitucional o menciona expressamente; b) norma é sentido que se dá a um texto; do dispositivo constitucional, pensamos que tanto se possa extrair um postulado como um princípio – uma norma que vise à obtenção da eficiência, no caso de uma *gestão processual eficiente*, como estado de coisas a ser alcançado. O princípio repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo.” (DIDIER JR., Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 434. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/soltas%20novas%20tendencias%20do%20processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013).

<sup>284</sup> “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao *modo de atuação do agente público*, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao *modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública*, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. atual. até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010. p. 83).

<sup>285</sup> “O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: *administrador de um determinado processo*. Para tanto, a lei atribui-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se, corretamente, o serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo. Essa é a primeira premissa: o princípio da eficiência dirige-se, sobretudo, a orientar o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional, que deve visar à obtenção de um determinado ‘estado de coisas’: o processo eficiente. ii) A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece no texto constitucional, mas, sobretudo, como uma técnica retórica de esforço da relação entre esse princípio e a atuação do juiz como um administrador - ainda que administrador de um *determinado processo*.” (DIDIER JR., Fredie, Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo, in *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, cit., p. 436).

Assim, o postulado da eficiência tem um viés administrativo e outro processual, sendo ambos indispensáveis e complementares.

No campo da administração, o Poder Judiciário sofreu um verdadeiro choque de gestão com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o artigo 103-B na Constituição da República, estando a sua competência estabelecida no parágrafo 4º e seus incisos.<sup>286</sup>

O CNJ é uma instituição pública que visa a aperfeiçoar e modernizar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, no que tange ao controle e à transparência administrativa e processual. Em razão disso, os integrantes do Poder Judiciário, que sempre tiveram ampla liberdade administrativa e financeira, inicialmente foram reticentes à presença desse controle externo, sob o argumento de que essa interferência poderia violar a própria independência da magistratura.

Com efeito, o referido órgão de controle passou a exercer uma firme fiscalização sobre a administração e sobre os membros e órgãos do Judiciário, criando metas e programas, cobrando resultados e exercendo julgamentos que efetivamente mudaram o perfil do referido

---

<sup>286</sup> “Art. 103-B [...]: “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. § 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios. § 6º Junto ao Conselho oficialarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. § 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2013).

Poder, especialmente diante da publicidade de seus atos e da efetiva ingerência sobre as decisões e condutas dos juízes e membros de tribunais.<sup>287</sup>

Essa dimensão do postulado da eficiência, apesar de se relacionar, em princípio, com o direito administrativo, inevitavelmente trouxe uma mudança comportamental para a magistratura, que passou a temer as consequências oriundas do CNJ, em razão de seu grande poder de interferência e de responsabilização, até porque conquistou enorme adesão da sociedade civil<sup>288</sup>. Se antes a preocupação dos juízes era somente com a justiça de suas decisões, agora precisa conviver com outras exigências, como prazos, relatórios de produtividade e controles funcional e social.

---

<sup>287</sup> “A obrigação de atuação eficiente, portanto, em termos simplificados, impõe: a) ação idônea (eficaz); b) ação econômica (otimizada) e c) ação satisfatória (dotada de qualidade). [...] Diante do que vem de ser dito, pode-se definir o princípio da eficiência como a *exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.*” (MODESTO, Paulo, Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, cit., p. 10).

<sup>288</sup> “Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Medida cautelar. [...] A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia extunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação. (STF – MC ADC n. 12, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 16.02.2006, DJ, de 01.09.2006).

Por sua vez, essa pressão externa por uma maior eficiência dos atos do Judiciário coincide com o movimento de uma maior eficiência processual, ou seja, com a necessidade de gestão de cada processo específico, trazendo o melhor rendimento possível para o procedimento jurisdicional, fato esse que se relaciona com o próprio direito processual.

O postulado da eficiência é tão abrangente, que costuma ser relacionado ao princípio da legalidade<sup>289</sup>, à cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)<sup>290</sup> e ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).<sup>291</sup>

Com efeito, mais do que seguro e devido, o processo precisa ser efetivo e alcançar seus resultados de modo eficiente.

A necessidade de efetividade<sup>292</sup> do processo vem sendo a motivação de inúmeras novidades processuais nos últimos anos, e seu reconhecimento está previsto no Projeto de Novo CPC<sup>293</sup>, que em seu artigo 8º estabelece: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a

---

<sup>289</sup> “Em verdade, ao contrário de contrastar com o princípio da legalidade, ou legitimar sua atenuação, penso que o princípio da eficiência pode ser percebido como componente da própria legalidade, percebida sob um *ângulo material* e não apenas formal. Refiro-me à legalidade material explorada excelentemente entre nós, há anos, pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, nomeadamente quando se trata do *dever de atuação ótima ou excelente do administrador nas hipóteses de discricionariedade* (Cf. *Discricionariedade e Controle Judicial*, São Paulo, Malheiros, 1992, pp. 33-36). Ser predicado da legalidade material, entretanto, não é um privilégio do princípio da eficiência. O princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, entre outros, podem ser também encartados na abordagem ampliada do princípio da legalidade. O princípio da eficiência compõe uma das faces materiais do princípio da legalidade e da administração pública, destacado pela Constituição por razões pragmáticas e políticas.” (MODESTO, Paulo, Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, cit., p. 6).

<sup>290</sup> DIDIER JR., Fredie, Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo, in *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, cit., p. 437.

<sup>291</sup> Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, cit., p. 22. E ainda: SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 672.

<sup>292</sup> “*Efetivo* é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. *Eficiente* é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório, nos termos acima. Um processo *pode ser efetivo sem ter sido eficiente* – atingiu-se o fim ‘realização do direito’ de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração de ineficiência do processo.” (DIDIER JR., Fredie, Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo, in *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, cit., p. 438).

<sup>293</sup> “A última versão do projeto de novo Código de Processo Civil, apresentada pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, em novembro de 2012, ratificou a proposta apresentada ainda no Senado, no sentido de prever enunciado expresso consagrando o princípio da eficiência do processo como uma norma fundamental processual. O art. 6º do projeto prescreve: ‘Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, publicidade e a eficiência. [...] O processo, para ser *devido*, há de ser *eficiente*. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. Realmente, é difícil conceber como devido um processo ineficiente.’” (DIDIER JR., Fredie, Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo, in *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, cit., p. 433).



dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”<sup>294</sup>

Como se observa, a absorção do referido postulado constitucional pela própria legislação processual demonstra a sua importância para o processo civil da atualidade, cada vez mais comprometido em equilibrar a segurança jurídico-processual e a eficácia do processo, proporcionando, ao final, o devido processo legal em sua plenitude.<sup>295</sup>

De outra banda, o postulado da eficiência corresponde à evolução do próprio princípio da instrumentalidade das formas, com a seguinte diferença: nesse último, o objetivo é extrair o máximo de aproveitamento dos atos jurisdicionais; naquele, há uma abrangência maior dos propósitos do processo, para garantir não só a otimização e a conservação dos atos, mas a satisfação dos jurisdicionados, com a resolução completa da crise de direito material instalada e a entrega do bem da vida reivindicado, por meio de instrumentos eficazes.<sup>296</sup>

Nesse intento, a figura do juiz<sup>297</sup> assume grande importância, como o principal protagonista da administração dos atos do processo, seja no que tange a sua regularidade de forma, seja em relação ao seu resultado jurisdicional eficiente, efetivo e eficaz. Em razão disso, seu rol de poderes tem sido ampliado a cada reforma para garantir a adequada gestão dos atos e a efetividade de suas decisões.

Mas não é só. A eficiência dos atos jurisdicionais, e por consequência do processo, encontra-se em uma fase mais avançada, tentando manter uma relação harmoniosa e positiva com os próprios atos de disposição das partes, visando ao equilíbrio, à cooperação e à

<sup>294</sup> Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/minuta-cpc.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2013.

<sup>295</sup> “Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade – não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade – não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade – não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado). A eficiência é algo que somente se constata *a posteriori*: não se pode avaliar *a priori* se a conduta é ou não eficiente.” (DIDIER JR., Fredie, Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência no processo, in *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, cit., p. 437).

<sup>296</sup> “A imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: a) a *dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios*; b) a *dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública*.” (MODESTO, Paulo, Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência, cit., p. 9).

<sup>297</sup> “Processo civil. Agravo legal. Artigo 557 do CPC. Decisão terminativa. Execução fiscal. Indisponibilidade de bens. Art. 185-A do CTN. Necessidade de demonstração da utilidade e eficácia da medida. **Princípios da eficiência e economia processual.** Ausência de indicação de bens a serem penhorados. [...] IV - *O magistrado, como condutor do processo, deve, nos termos do artigo 130, do CPC, indeferir as medidas inúteis, concretizando, assim, os princípios da eficiência e economia processual, pois não se afigura razoável que o Poder Judiciário movimente a sua máquina para promover medidas que não se mostrem minimamente efetivas e frutíferas.* [...] (TRF-3 – AI n. 0029513-71.2012.4.03.0000, Segunda Turma, rel. Des. Fed. Cecilia Mello, j. 07.05.2013).

transparência<sup>298</sup> entre os sujeitos processuais, em prol de um processo cada vez mais justo, seguro, adequado e, acima de tudo, legítimo.

Confere-se, pois, uma moderna interpretação do formalismo, para que ele seja utilizado em benefício das partes, e não seja um fim em si mesmo. Como consequência, há menor resistência à utilização de técnicas processuais novas ou diferentes, como a adequação ou adaptação de regras processuais, a escolha de técnicas atípicas, de meios coercitivos mais eficazes, de acordo do procedimento pelos sujeitos processuais, entre outros.<sup>299</sup>

Como se vê, trata-se de uma mudança de paradigma do tradicional conceito de segurança jurídica, já que essa flexibilidade de atos, formas e comportamentos é justamente o que garante o alcance da ordem pública processual.

Portanto, o processo contemporâneo, sob a perspectiva do postulado da eficiência, agrega os princípios da efetividade, celeridade e economia processual e redimensiona o princípio da instrumentalidade, para conferir-lhe novos parâmetros, com benefício ao Poder Judiciário, e principalmente aos jurisdicionados.

## 2.7 Conteúdo material e formal da ordem pública processual

O conteúdo da ordem pública processual pode ser analisado sob duas perspectivas distintas: material e formal.

O material se relaciona ao estado de coisas, ou seja, com a situação de fato que indica ordem e harmonia jurídica do sistema, com o funcionamento normal e regular da ciência processual, especialmente com base na segurança jurídica e no devido processo legal, transmitindo uma sensação de confiança aos jurisdicionados.

Já o conteúdo formal da ordem pública processual se refere ao seu aspecto normativo, composto de valores, princípios e regras que devem ser observados.

---

<sup>298</sup> “Agravo regimental. Recurso especial. Processual civil. Intimação da sentença. Informação incompleta. Prejuízo à parte. Nulidade. Ineficácia dos atos posteriores. Preservação da boa-fé e da confiança. 1. Nulidade da intimação que informa a extinção do processo quando, na verdade, houve procedência parcial. Prejuízo caracterizado. 2. *A confiabilidade das informações processuais é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância do princípio da eficiência da Administração.* 3. Agravo regimental desprovido.” (AgR REsp n. 1215128/RS, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 20.11.2012, *DJe*, de 26.11.2012).

<sup>299</sup> “Após o advento de um Estado Social Democrático de Direito, o devido processo legal, isto é, o processo civil justo, não pôde mais corresponder a um processo cujas etapas sejam severamente descritas com minudência pela lei, nem tampouco a um processo civil que, embora se implemente na prática, não seja capaz de flexibilizar-se a ponto de adequar-se aos princípios e aos valores e de produzir decisões particularmente ajustadas com as necessidades inimitáveis de cada situação concreta (princípio da tutela jurisdicional diferenciada e princípio da eficiência).” (COSTA, Eduardo José da Fonseca, *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*, cit., p. 298).

Com efeito, o nosso ordenamento jurídico é orientado pelo conjunto de regras e princípios previstos na Constituição, que determinam e refletem os valores essenciais e direitos fundamentais de um Estado de Direito, num determinado momento histórico.

Não obstante, o processo civil possui um aparato normativo que complementa e especifica os ditames constitucionais, sendo esse sistema integrativo imprescindível para o regular e efetivo funcionamento do processo.<sup>300</sup>

Registre-se que, na opinião de Moreira Neto, a distinção metodológica entre a concepção descritiva ou material e a acepção normativa ou formal de ordem pública seria inclusive a solução explicativa para os desencontros doutrinários.<sup>301</sup>

De qualquer modo, essa diferenciação nada mais representa do que as dimensões estática e dinâmica que compõem a ordem pública processual, a primeira relacionada ao conteúdo material e a segunda indicando o seu conteúdo formal.

Portanto, essa distinção serve apenas para demonstrar que a ordem pública em si, mesmo no âmbito do processual civil, é um estado de coisas que não varia de acordo com o tempo e espaço em que se observa: ou se tem a ordem baseada nos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, capaz de sustentar o sistema, ou então ele estará fadado à falência e ao caos. Por sua vez, os instrumentos normativos que compõem a ordem pública processual são flexíveis, devendo se adequar aos anseios sociais e jurídicos, contribuindo para a efetividade e para a evolução da ciência processual.

## 2.8 Ordem pública material e ordem pública processual

Tema comum que se vê na doutrina diz respeito à possível classificação da ordem pública em material e processual, ainda que o foco em análise seja somente o direito processual.<sup>302</sup>

---

<sup>300</sup> “É na Constituição que estão enumerados os princípios básicos da sociedade, em todas as suas esferas, seja na política, quando da configuração do Estado Democrático de Direito, seja nas garantias individuais, em especial as do artigo 5º, seja na proteção de outros valores essenciais como trabalho, família e meio-ambiente. Ademais, sendo a lei hierarquicamente superior em nosso ordenamento, todas as outras leis devem a ela estar adstritas, inclusive a restrição de ordem pública, que é disposta em lei ordinária, que em hipótese alguma pode dispor conteúdo conflitante com a Constituição.” (HUMPHREYS, Luís Fernando Lisbôa. *A exceção de ordem pública no direito internacional privado*. Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 17).

<sup>301</sup> “No *sentido material*, ou descritivo, a ordem pública é uma *situação de fato*, ocorrente em uma sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de cada um. No *sentido formal*, ou normativo, a ordem pública é um conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende *devam* ser observados numa sociedade, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratório da liberdade de

A ordem pública material pode ser analisada sob dois aspectos: um ideológico e outro relacionado ao próprio direito material<sup>303</sup>. No primeiro caso, a ordem pública material estaria ligada ao valor da segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado e do direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. Já no segundo, a ordem pública material envolveria as questões substanciais que criam, modificam ou extinguem direitos.

Por sua vez, a ordem pública processual está relacionada com a regularidade dos atos e do procedimento, considerando as garantias mínimas do devido processo legal.

Com efeito, as matérias de direito material integram o conjunto cognitivo do processo e devem ser observadas, especialmente diante de elevado grau de indisponibilidade do direito. Contudo, os vícios materiais trazidos para o processo ganham uma nova dimensão. Os defeitos de forma devem ser flexibilizados e podem ser supridos. Já os defeitos de vontade devem ser tratados sempre de acordo com as regras materiais.

Entretanto, a necessidade dessa classificação se mostra dispensável para os fins deste trabalho, uma vez que a ordem pública processual, vista como técnica de controle da regularidade do processo, já abrange em seu conteúdo a observância das questões de direito material.<sup>304</sup>

Resta saber até que ponto o elo entre o direito material e o direito processual deve estar atado e em qual momento devem ser separados para fins processuais. Aqui reside grande parte dos problemas dos operadores do direito, que não sabem ao certo identificar a exata influência da indisponibilidade do direito substancial na relação processual e acabam trazendo

---

cada um.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública, cit., p. 143).

<sup>302</sup> “Conforme já referido, razões de ordem processual também integram a noção de *ordem pública* e podem impedir o reconhecimento de uma decisão estrangeira. Embora o conceito de ordem pública tenha sido desenvolvido inicialmente por conta de questões de direito material, os direitos inerentes ao devido processo legal, como o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à coisa julgada, *e.g.*, de cunho eminentemente processual, revestem-se do *status* de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente prestigiados e protegidos. Não há como negar seu lugar na ordem pública de segundo grau – aquela capaz de impedir a homologação de decisões estrangeiras.” (TIBURCIO, Carmem, A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, cit., p. 210).

<sup>303</sup> “A relação entre direito civil e ordem pública, noções tradicionalmente tão díspares, que apenas tangenciavam nos limites de seus compôs de atuação, revela a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.” (TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 17, p. 223, out./dez. 2005).

<sup>304</sup> “Portanto, o controle de constitucionalidade incidental pode ser entendido como sendo uma questão de ordem pública, na medida em que deve ser reconhecida de ofício pelo órgão julgador de 1º e 2º graus, por configurar referido controle um episódio que antecede o pronunciamento do magistrado sobre a questão de mérito objeto do litígio.” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas questões de ordem pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em:

para dentro do processo soluções equivocadas, sob o argumento e a titulação de ordem pública.

Essas diferenças estabelecidas entre o ato processual e o ato de natureza material são relevantes para a identificação das consequências e dos efeitos dos vícios suscitados no âmbito processual, uma vez que o tratamento das questões materiais e processuais deve ser distinto.

Por sua vez, o fato de a lei reconhecer um interesse público na questão substancial e possibilitar ao juiz a iniciativa de cognição de ofício não muda a sua natureza material e nem a transforma em questão de ordem pública processual.

Portanto, embora seja possível classificar a ordem pública de acordo com o seu conteúdo em processual e material, a técnica da ordem pública processual não necessita dessa divisão para os fins a que se destina, que é zelar pela regularidade integral do procedimento.

### 3 IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

#### 3.1 Problematização

Conforme já mencionado, o presente estudo objetiva a análise das questões de ordem pública no direito processual civil, identificando-as e verificando sua aplicação, extensão e efeitos, de acordo com as proposições do processo contemporâneo.<sup>305</sup>

O direito processual civil é regido pelos direitos e garantias constantes da Constituição, pelas regras insertas no CPC, além de outras normas específicas que dão contorno à disciplina. Além disso, a doutrina e a jurisprudência também se encarregam de estabelecer definições e interpretações que integram a sistemática processual. Assim, todas essas fontes ajudam a construir o processo civil e a estabelecer suas diretrizes para os operadores do direito.

A ordem pública processual pode ser entendida como o estado de coisas que representa a observância e o controle de garantias constitucionais e processuais, por meio de técnicas processuais formadas por diferentes níveis de interesses públicos e que são responsáveis pela regularidade processual, no alcance da tutela jurisdicional adequada justa e efetiva, e que equacionam, por conseguinte, os valores da segurança jurídica e da efetividade no desenvolvimento do processo.

Em outros termos, a ordem pública processual se manifesta por técnicas de controle do processo civil capazes de atingir, dentro do processo, o estado de ordem, por meio da observância dos valores, direitos e garantias fundamentais e processuais, que asseguram o alcance da segurança jurídica, da efetividade, da justiça e da paz social.

Nesse contexto, o conteúdo da ordem pública processual, considerando sua conformação com os elementos próprios do direito processual, poderia ser traduzido na observância, dentro do processo, das garantias fundamentais<sup>306</sup> que compõem o seu núcleo essencial, cuja violação é capaz de retirar do processo o seu caráter integrador – no direito

---

<sup>305</sup> “Segundo compreendemos, as matérias de ordem pública processuais são aquelas a que, em razão do interesse de alta relevância pública e social que as envolve, são atribuídas especiais características (cogência, obrigatoriedade e império), que resultam, processualmente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz, na não sujeição à preclusão, e não implicação de vício ou sanção para a hipótese de desrespeito.” (QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. 2004. 308 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, São Paulo, 2004. p. 83).

<sup>306</sup> GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 369-406.

material – da decisão judicial, impedindo, assim, o alcance de uma tutela jurisdicional justa e adequada.

Trata-se, pois, de técnica processual colocada à disposição dos sujeitos processuais para o exercício adequado, proporcional e tempestivo do controle da regularidade processual, permitindo, assim, o alcance da ordem necessária a proporcionar segurança jurídica, efetividade e a sensação de justiça pelos jurisdicionados, uma vez que o desrespeito aos direitos e requisitos fundamentais do processo, necessários ao alcance da ordem pública processual, seria tão grave que deslegitimaria o ato jurídico-processual ou o ato jurisdicional.<sup>307</sup>

Conseqüentemente, as “questões de ordem pública” não se identificam com o estado de coisas estático concernente à ordem pública, mas sim com as formas de controle da regularidade processual, baseadas em graus distintos de interesse público, e que se prestam a ajustar o processo e garantir aos jurisdicionados a segurança jurídica e a confiança que, em última análise, legitimam o próprio Poder Judiciário.

Interessante ressaltar que, embora a matéria seja de elevada importância para o direito processual, o CPC em vigor em nenhum momento utiliza a expressão “ordem pública” para relacionar as questões inseridas nesse rol de interesses relevantes para a regularidade do processo, de modo que coube às fontes doutrinárias e jurisprudenciais a tarefa de identificá-las. Isso tem trazido dificuldades para os jurisdicionados, já que nem todas as hipóteses reconhecidas como de ordem pública são de fácil constatação, especialmente no CPC, dependendo de interpretação dos aplicadores do direito.

Com isso, as questões de ordem pública passaram a ser tratadas de forma casuística e não cientificamente, o que muitas vezes enseja resultados utilitaristas no mínimo perigosos. De qualquer forma, a sustentação teórica dessas proposições reside no grau de interesse público em questão, pois enseja controle adequado e proporcional ao equilíbrio entre os valores e normas que regem o processo civil.<sup>308</sup>

---

<sup>307</sup> “A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo é o que me ocorre denominar de ordem pública processual. [...] conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.” (GRECO, Leonardo, Os atos de disposição processual: primeiras reflexões, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, cit., p. 293).

<sup>308</sup> “Conclui-se que as matérias de ordem pública existem para possibilitar a própria consecução do fim do processo. É justamente por conta disso que sua violação impedirá a consecução do fim do processo. Mas também por buscarem o próprio fim do processo, essas matérias buscarão, antes da fulminação do processo, sua salvação.” (QUINTELLA, Eliane Proscurcin, *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*, cit., p. 32).

Registre-se, ainda, que a tentativa de identificar e reduzir as formalidades excessivas que desvirtuam o processo já vem sendo amplamente tratada na doutrina e na jurisprudência, mas com uma justificação distinta do que ora se defende. Por sua vez, não é só na base de sustentação que reside o diferencial da tese, mas também na sua aplicação prática, alterando-se os efeitos processuais até então aceitos ou ignorados. Ademais, a ordem pública processual carece de uma interpretação adequada.

Não obstante, é preciso averiguar até que ponto o elo entre o direito material e o direito processual deve estar atado e em qual momento devem ser separados para fins processuais. Aqui reside grande parte dos problemas dos operadores do direito, que não sabem ao certo identificar a exata influência da indisponibilidade do direito substancial na relação processual, e acabam trazendo para dentro do processo soluções equivocadas, sob o argumento e a titulação de ordem pública.

Como se vê, são numerosos e relevantes os aspectos processuais afetados pelo assunto e, portanto, pendentes de uma melhor reestruturação jurídica, para se identificar o que efetivamente se pode entender por ordem pública na esfera processual, uma vez que, pelo atual panorama, os resultados se mostram confusos, discrepantes, incompatíveis ou equivocados. Para tanto, devem ser sopesados os valores da segurança jurídica e da efetividade, sob o enfoque específico do processo civil, bem como respeitadas as garantias constitucionais do processo.

Portanto, identificado o problema e desmistificando os dogmas, há de ser sugerido um novo comportamento processual, capaz de efetivamente amadurecer e transformar o ordenamento jurídico.

### **3.2 Ordem pública processual e interesse público**

Conforme já asseverado, não se pode falar do tema da ordem pública sem tecer considerações sobre o interesse público<sup>309</sup>. Isso porque o interesse público está intimamente ligado à própria noção de ordem pública, podendo, ainda, configurar uma de suas facetas,

---

<sup>309</sup> “Entendo, pois, que o cerne do conceito de ordem pública está na inderrogabilidade ou na indisponibilidade da lei ou do direito pela parte, com a presença do interesse público predominante.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública: prequestionamento. p. 7. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso\\_Especial\\_Questao\\_Ordem\\_P%c3%bablica.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso_Especial_Questao_Ordem_P%c3%bablica.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 08 set. 2013).



tornando o estudo acerca daquele uma etapa necessária e indispensável para os fins pretendidos neste trabalho.<sup>310</sup>

Importante ressaltar também que a ordem pública não se confunde com o interesse público, “daí porque o intérprete, pensamos, há de diferenciar a ‘ordem pública’ (situação absolutamente aguda) do ‘interesse público’. Há matérias em que se vislumbrará o interesse público, mas isso não as tornará indisponíveis, como é o caso hoje da prescrição”.<sup>311</sup>

Em linhas gerais, pode-se dizer que enquanto a ordem pública é um estado de coisas a ser perseguido, por meio da observância dos valores e das técnicas que pairam sobre o sistema jurídico pátrio, o interesse público possui natureza normativa e está relacionado ao proveito coletivo ou geral. Entretanto, esse último aspecto do interesse público é apenas um dos fundamentos que justificam a ordem pública, sendo esta mais complexa, mais abrangente e mais imperativa do que aquele.

Ademais, a ultrapassada ideia de interesse público<sup>312</sup> baseada na contraposição de interesses públicos e privados deverá ser substituída pela moderna concepção do instituto, que o qualifica como conceito jurídico indeterminado<sup>313</sup>, cujo conteúdo deverá ser construído,

<sup>310</sup> Milton Sanseverino, após concluir que o interesse público é sinônimo de interesse geral da sociedade, complementa: “[...] o qualitativo *público* está, a meu sentir, íntima, direta e indissociavelmente ligado à própria noção de coisa pública, de tanta relevância em todos os quadrantes do direito, seja constitucional, seja administrativo, seja penal, seja civil, seja, enfim, processual penal ou processual civil, ou, ainda, em qualquer outro ramo do direito ou disciplina jurídica, sendo o *interesse público*, portanto, instituto polivalente de contorno plurifacetado, à moda de figura geométrica com muitos lados, por isso que de importância e uso multidisciplinar. Está ligado, destarte, à própria ideia de *ordem pública*, que, sabidamente, sobreleva à particular naquilo que aquela primeira tem de mais amplo e imperativo por corresponder aos valores supremos de toda a sociedade, envolvendo *necessidades comuns, número indeterminado e indeterminável de sujeitos de direito, além de bens física e/ou juridicamente indivisíveis*. Daí dizer que o *interesse público* é tão antigo quanto a vida do ser humano em sociedade, embora ainda hoje se afirme, não raro, ser tormentoso e impreciso o seu conceito, compondo aquilo que, exatamente por isso, se costuma considerar categoria jurídica de acepção vaga ou indeterminada.” (SANSEVERINO, Milton. Interesse público e ministério público no processo civil: breves reflexões. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 175).

<sup>311</sup> MAZZEI, Rodrigo, A prescrição e a sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil?, in *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*, cit., p. 259.

<sup>312</sup> Abordando o tema do interesse público, ver: JOLOWICZ, John Anthony. Active role of the court in civil litigation. In: CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, John Anthony. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*. Milano: Giuffrè; Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1975. p. 171-177.

<sup>313</sup> Sobre o controle da “discricionariedade” judicial, assevera com propriedade Tereza Wambier: “É inevitável estabelecer, a este propósito, uma conexão direta do tema com a questão da teoria política do Estado moderno, baseada fundamentalmente na tripartição dos poderes e no *princípio da legalidade* e na correlata *possibilidade de controle* dos atos do Estado. É relevantíssimo observar-se que ao conceito de *discricionariedade* está intimamente conectada a idéia de *imunidade* ou *impossibilidade de controle*, pelo menos em certa escala. Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Também não a tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, relativa à formação deste quadro. Isso implicaria, de certo modo, em que essas decisões ficassem *fora do controle das partes*. Impossível conclusão diferente. Qual seria, senão este, o sentido funcional do conceito de *discricionariedade*? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o juiz estaria fora do controle dos atingidos pela decisão. [...] Parece-nos que entre a

para conformar-se ao caso concreto e às mutações históricas e sociais, tendo sempre como matriz ética o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>314</sup>, que, por sua vez, é um dos aspectos de conformação da ordem pública.

Consequência disso é que o interesse público pode estar presente em uma situação relevante para a ordem jurídica, embora nem sempre seja suficiente para se avocar o controle da ordem pública.

De outra banda, o interesse público, poderá, inclusive, colidir com a ordem pública quando, no caso concreto, os bens jurídicos tutelados, ainda que atendam a necessidades eminentemente particulares, se sobreponham a outros cuja noção de coletividade dos interesses seja fruto de uma conceituação meramente apriorística, sem levar em consideração os valores basilares que inspiram nosso ordenamento. Nesse caso, o interesse público deverá se conformar aos enunciados da ordem pública e ceder aos efeitos dela.

Como se vê, essa diferenciação entre os contornos do interesse público e da ordem pública trará importantes reflexos para o processo, na medida que o controle das questões de ordem pública no âmbito processual terá intensidade, formas e efeitos distintos do destinado ao interesse público.

Assim, enquanto a ordem pública traz consigo elementos que conferem um caráter absoluto e intransponível à violação de seus preceitos, o controle à mácula ao interesse público deverá levar em consideração os escopos e as finalidades do processo, possuindo, assim, um caráter instrumental e relativo.

Por sua vez, tanto as hipóteses de direito material como as de direito processual podem conter graus de imperatividade variados, que vão desde a aplicação absoluta e imediata da norma, até ao que tem sua incidência afastada por vontade das partes. E o que vai determinar a categoria da norma a ser aplicada – tanto no direito material, quanto no direito processual –, é justamente o nível e o tipo de interesse público envolvido na matéria.<sup>315</sup>

---

discricionariedade administrativa e a ‘discricionariedade’ judicial há diferenças fundamentais, tão fundamentais a ponto de justificar a não adoção do termo discricionariedade atinentemente à atividade do Poder Judiciário, como se verá, salvo em raríssimas exceções. A diferença essencial entre ambos os fenômenos, ainda segundo Barbosa Moreira, reside em que a discricionariedade respeita aos efeitos, enquanto a interpretação de conceitos vagos, ao ‘fato’ (*Tatbestand, fattispecie*).” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 375).

<sup>314</sup> “Além da função conceitualizadora e do caráter de fundamentalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendido como centro irradiador para a ideia de interesse público, auxilia de modo especial na solução dos problemas jurídicos atinentes à contraposição de demandas sociais.” (PIRES, Maria Coeli Simões, *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*, cit., p. 394).

<sup>315</sup> “É absoluto todo o direito público e a parte do direito privado considerada como de *ordem pública*. Fora desses casos, o direito objetivo sempre assegura a eficácia jurídica dos atos de vontade, só intervindo, na sua falta, para integrá-la, ou supri-la.” (RÃO, Vicente, *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 240).

Em outro viés, o interesse público no processo civil se manifesta por meio de técnicas próprias que realizam e ao mesmo tempo controlam a forma de alcance da prestação da tutela jurisdicional, para garantir o equilíbrio entre as partes e a legitimidade do Poder Judiciário. É certo, ainda, que se pode considerar a finalidade social do interesse em jogo, para fins de ponderação das hipóteses de prevalência do interesse geral sobre o individual.

Carlos Alberto de Salles aborda com propriedade o tema do interesse público no âmbito do direito processual, atribuindo uma dimensão própria aos mecanismos procedimentais de decisão.<sup>316</sup>

Assim, o constitucionalismo e o processo modernos exigem a tradução do papel que o interesse público atualmente exerce no dinamismo processual, adequando sua identificação, sua finalidade e seus efeitos às premissas contemporâneas, que consistem em proporcionar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, justa e tempestiva, resgatando, assim, a confiança no poder estatal, na missão de solucionar os conflitos e pacificar a sociedade.

Esse interesse público, que é o componente central da identificação das questões de ordem pública no processo civil e que ampara e justifica o controle da regularidade processual, flutua em diversos níveis, de acordo com o tempo e espaço considerados, podendo ser ora mais rígidos e ora mais flexíveis, justamente para melhor atender ao direito material reclamado.

Não obstante, as políticas legislativa, judiciária e doutrinária, ou mesmo a privada, são importantes para o sistema e sugerem soluções pragmáticas para dilemas processuais de ocasião.

Com efeito, essa maleabilidade deve ser vista de forma favorável à evolução da ciência, como a jurisprudência defensiva, desde que adequadas, proporcionais e que resguardem minimamente os direitos e garantias processuais. Os requisitos de admissibilidade recursais, por exemplo, devem ser permitidos, mas desde que demonstrem um critério lógico

---

<sup>316</sup> “De fato, é possível uma noção de interesse público sob uma dimensão exclusivamente processual, enfatizando os mecanismos procedimentais de decisão reconhecidos, pela sociedade, como legitimamente capazes de expressar a vontade coletiva. Afinal, a ‘produção do ‘interesse público’ não exige de cada cidadão um consenso em relação aos fins, mas somente com relação aos meios capazes de servir a uma grande variedade de propósitos potencialmente harmonizáveis’. Supondo, portanto, a existência de um consenso em relação aos meios, isto é, o processo de decisão, é possível definir o interesse público apenas na maneira processual de sua conceituação. Nessa linha, o interesse público é aquele contemplado por uma decisão validamente produzida, independente de seu conteúdo. A formulação processual do interesse público coloca em evidência a necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante com respeito às regras de uma divisão justa do produto social e conducentes aos resultados finais preferidos pela maioria e afastando, ao mesmo tempo, o perigo de decisões incoerentes. Sem dúvida, essa concepção tem o mérito de evidenciar o processo como um elemento fundamental em qualquer decisão estatal – incluindo as produzidas pelo Judiciário.” (SALLES, Carlos Alberto

e razoável, capaz de reduzir alguns direitos e garantias processuais, mas sem eliminá-los por completo, tudo em prol de um melhor funcionamento da Justiça.

Nesse passo, a tensão entre a segurança jurídica (garantismo – processo justo) e a efetividade (prestação de tutela jurisdicional adequada, tempestiva e justa) pode oscilar de acordo com as exigências sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Por sua vez, a efetividade não pode ser alcançada a qualquer custo, e exige a observância de garantias mínimas que, em nome e na defesa do interesse público, primam pela regularidade do desenvolvimento processual e pelo estado de coisas denominado de ordem pública.

Dessa forma, tanto as técnicas de realização quanto as técnicas de controle devem ser proporcionais ao contexto material reclamado, impedindo excessos e deficiências, sob pena de desvirtuamento da própria missão processual.

Sendo assim, as consequências da não observância de um interesse público processual, por ter caráter normativo e envolver um conceito jurídico indeterminado, deverão ser avaliadas de acordo com a repercussão que o vício representar para o processo e para as partes.

De outra banda, tem-se que a violação do interesse público processual – por mais imperativa que seja norma processual – para que cause uma invalidade no processo, deve estar composta de mais dois requisitos, quais sejam o não alcance da finalidade<sup>317</sup> do ato no processo e a ocorrência de prejuízo a uma das partes.

Ressalte-se que a indisponibilidade do direito também pode estar relacionada ao direito material questionado, capaz de variar de acordo com o maior ou menor interesse público que envolve a matéria. A indisponibilidade do direito e o grau de interesse público material ou processual envolvido delimitam a imperatividade da norma, para que haja a devida proteção normativa.

Ademais, além das questões de direito, há questões de fato que merecem a devida proteção estatal, ainda que não previstas em lei. Trata-se de circunstâncias que fogem ao domínio do sujeito processual, mas que acontecem corriqueiramente e devem ser inseridas no

---

de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 62).

<sup>317</sup> “Isso significa que a priorização é a técnica das solenidades, a forma pela qual o ato processual é praticado, e o que importa discutir é a nulidade e não como evitar que o ato processual possa livrar-se deste vício, na medida em que, diferente do direito material, o direito processual se destina a outras metas. [...] O que não se pode admitir, dentro dessa nova formulação de acesso à justiça, é que o processo esteja a todo tempo retrocedendo por conta das alegações processuais que impedem o alcance da sua finalidade, que é a correta e justa composição do direito material.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, cit., p. 102).

rol de hipóteses capazes de tumultuar a ordem pública processual. Como exemplos, podemos citar os casos fortuitos e de força maior, bem como outros de menor repercussão, mas que interferem na realização dos atos processuais. Têm-se, ainda, os atos de terceiros praticados para evitar uma lesão, ou que maculem a vontade necessária ao ato processual. Esses fatos são reconhecidos pela jurisprudência para afastar ou reconhecer uma nulidade processual, evitando-se injustiças concretas.

Dessa forma, serão demonstrados os reflexos das conclusões identificadas nos diversos institutos processuais.

### 3.3 A ordem pública processual e suas questões

A ordem pública processual pode ser relacionada a questões pautadas na indisponibilidade ou num latente interesse público, cuja não observância comprometeria a ideal prestação da tutela jurisdicional e a confiança legítima dos jurisdicionados, afastando, em última análise, a legitimidade<sup>318</sup> do próprio direito processual civil.

Por sua vez, a mácula processual que compromete a ordem pública pode ensejar consequências intransponíveis, gerando vícios absolutamente insuperáveis, passíveis de controle a qualquer tempo e grau de jurisdição. Fora disso, as irregularidades devem ser avaliadas de acordo com a sua gravidade e com os escopos do processo – princípios do prejuízo e da finalidade.

Quanto à denominação – “questões de ordem pública” –, não se mostra produtora discutir ou tentar estabelecer outro título para uma cultura processual já consolidada. Poder-se-ia até, por exemplo, sugerir que as hipóteses fossem tratadas como “questões de interesse público”, “questões de ordem” ou outro rótulo similar, mas seria gastar energia científica com aspectos superficiais do tema.

A análise da matéria é vista em enfoques distintos, podendo se referir aos sujeitos destinatários da norma, às consequências de sua violação, à sua validade e aos seus efeitos, ao ramo do direito envolvido, ao bem jurídico pretendido, à espécie de interesse em jogo – se público ou privado – e à hierarquia da norma. Com isso, pode representar a contraposição

---

<sup>318</sup> “A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos [...]” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 35).

entre o interesse público sobre o privado, as irregularidades e as nulidades, as faculdades das partes e o dever do juiz, normas cogentes e normas dispositivas, dentre outros.

De qualquer modo, as questões de ordem pública<sup>319</sup>, como se verá mais adiante, estão relacionadas com o grau de interesse público envolvido em cada ato ou instituto processual, de acordo com a política legislativa, judiciária e científica em vigor.<sup>320</sup>

O tema também pode ser traduzido nas questões que são submetidas ao juízo de admissibilidade do processo ou da ação, identificados especialmente nas hipóteses de condições da ação, pressupostos processuais e requisitos de admissibilidade recursal, sendo que suas consequências estão estabelecidas nas regras de nulidades processuais.<sup>321</sup>

De qualquer modo, o que se verá é que o rol de “questões de ordem pública” é bem mais restrito do que o hoje defendido. Assim, apenas alguns dos casos atualmente considerados de ordem pública devem efetivamente integrar essa categoria, ao lado de outros que não comportam a referida titulação, apesar de serem passíveis de controle, inclusive, sob a ótica do interesse público.<sup>322</sup>

Além disso, verifica-se que: 1) as questões que envolvem interesse público podem ser baseadas em questão de fato ou questão de direito; 2) a imperatividade das chamadas “questões de ordem pública” pode ser variada, justificando um tratamento diferenciado; 3) as questões de ordem pública podem acarretar prejuízos distintos, variáveis de acordo com o

<sup>319</sup> “No direito processual civil, as chamadas *questões de ordem pública* remetem a normas que autorizam o juiz, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, extinguir o processo sem julgamento de mérito ou determinar sua nulidade.” (ROQUE, Nathaly Campitelli, *A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública*, cit., p. 266).

<sup>320</sup> “É certo que a dificuldade na conceituação de ordem pública depende da evolução do direito, eis que os momentos históricos dão ênfase a valores sociais diversos. A acepção moderna do termo é ampla em face das ideologias do tipo social próprias do Estado intervencionista contemporâneo. Entende-se, assim, por questões de ordem pública, as matérias de interesse de toda a sociedade, situadas acima das disposições dos sujeitos de uma relação jurídica, devendo ser, assim, analisadas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de qualquer pedido expresso das partes de uma relação processual. As questões de ordem pública são encontradas: a) no controle concreto de constitucionalidade das leis; b) nas questões assim expressamente definidas em lei (v.g. art. 1º do CDC); nas nulidades absolutas e de fundo, previstas nas leis substantivas processuais, respectivamente (v.g. art. 122, do NCC, art. 113, 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC).” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. *Prequestionamento nas questões de ordem pública. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4606/prequestionamento-nas-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 15 fev. 2014).

<sup>321</sup> “De outro lado, integram a ordem pública processual as nulidades processuais absolutas, fruto de vícios formais de maior gravidade, que afetam universo de interesses da própria jurisdição. Em vista de valores fundamentais do processo (abrangidos pela cláusula mais geral do devido processo legal), o sistema reconhece a relevância de determinados atos do procedimento, retira das partes a disponibilidade sobre a matéria e autoriza o reconhecimento de ofício de eventual nulidade.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 91).

<sup>322</sup> “Numa imagem matemática, dir-se-ia que o conjunto de matérias examináveis de ofício é maior do que o das matérias de ordem pública. Portanto, toda matéria de ordem pública é examinável de ofício, mas nem tudo que pode ser examinado de ofício consiste em matéria de ordem pública.” (GRECO, Leonardo, *Os atos de disposição processual: primeiras reflexões*, in *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, cit., p. 164).

caso concreto; 4) identificar imperatividades e prejuízos distintos não significa aplicar a fungibilidade ou a flexibilização, tendo em vista que a questão, por si só, deve ser encarada na proporção de seu alcance e consequência, e não representar um aspecto único em todas as situações.

Portanto, serão tratadas a seguir as principais questões passíveis de controle judicial no processo civil, seguindo-se uma ordem de enfrentamento de acordo com o grau de interesse público envolvido.

### 3.4 Condições da ação

#### 3.4.1 Primeiras premissas sobre o tema

Inicialmente, cumpre registrar que apesar de a análise das condições da ação ser realizada em momento posterior à dos pressupostos processuais, em razão da ordem cronológica lógica de enfrentamento das questões processuais, sua apreciação neste trabalho se dará antes dos pressupostos processuais, tendo em vista que já se adianta que a conclusão caminha no sentido de excluir a categoria das condições da ação dos requisitos de admissibilidade do provimento final, o que didaticamente facilitará a abordagem das hipóteses assim consideradas.

Por sua vez, não é a intenção deste estudo descrever ou exaurir o tema da ação ou de suas condições, cujas discussões são facilmente encontradas na doutrina pátria e estrangeira, mas apenas apresentar o panorama mínimo sobre o assunto para que se possa, ao final, demonstrar o que se defende sobre a matéria, no cotejo da ordem pública processual.

Feitas essas colocações preambulares, tem-se que as condições da ação tiveram como marco teórico os ensinamentos do italiano Enrico Tullio Liebman<sup>323</sup>, cujas lições foram imediatamente absorvidas pela Escola Processual de São Paulo, que passou a difundir seu conceito e suas vantagens para o nosso ordenamento. Sua doutrina também foi seguida pelo professor Alfredo Buzaid, encarregado de elaborar o anteprojeto do atual CPC, oportunidade em que inseriu as referidas condições e previu as suas consequências processuais.

---

<sup>323</sup> Liebman chegou ao Brasil em 1939 e constatou na doutrina nacional um pensamento bastante privatístico em relação ao processo civil, passando a propor uma visão mais publicista do processo, para considerá-lo como função pública exercida em benefício do interesse coletivo, e não mais como mero instrumento a serviço da defesa dos direitos dos indivíduos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 33-47).

Liebman, ao tentar conciliar as teorias da ação<sup>324-325</sup>, criou a chamada teoria eclética da ação que, apesar de se filiar à doutrina dualista, que reconhece a autonomia do direito processual em relação ao direito material, e manter o caráter público e abstrato do direito da ação em relação ao direito substancial, vislumbrava a necessidade de se examinar de plano a presença de algumas situações relacionadas à relação jurídica material, como condição de admissibilidade da propositura da demanda e, por conseguinte, do exame do mérito.

São as chamadas condições da ação, identificadas em três espécies: a possibilidade jurídica do pedido<sup>326</sup>, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir. Como se observa, cada uma dessas condições se identifica com um dos elementos da ação, quais sejam: pedido, partes e causa de pedir, respectivamente.<sup>327</sup>

<sup>324</sup> As mais conhecidas teorias sobre a natureza da ação são: a) teoria imanentista ou civilista (Savigny): a ação e o processo eram simples capítulos do direito material; b) teoria concreta da ação (Wach): reconhece a autonomia do instituto da ação em relação ao direito material, mas condiciona a existência daquele à existência deste; c) teoria abstrata da ação (Degenkolb): o direito de ação não é visto como um direito a uma sentença favorável, mas como o direito de obter do Estado um provimento judicial, favorável ou não; e, d) teoria eclética da ação (Liebman): segue a doutrina dualista, que defende a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, e mantém o caráter abstrato do direito de ação, mas condiciona a existência da própria ação e da função jurisdicional à presença de questões que antecedem à apreciação do mérito, chamadas de condições da ação (BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, América Jurídica, v. 3, n. 8, p. 95-97, abr./jun. 2002).

<sup>325</sup> Em brevíssimo resumo sobre a evolução das teorias da ação: “A concepção civilista vigorou até 1856, apenas com certas variantes, como a variante de SAVIGNY, que considerava a ação como um direito novo, nascido da lesão ao direito subjetivo material, mas sempre um direito voltado contra o devedor, o titular da obrigação. Com pequenas variantes, vigorou a concepção civilista até 1856 quando, neste ano, surgiu na Alemanha uma célebre polêmica ente WINDSCHEID e MUTHER a respeito da *actio* romana. Esta polêmica marca o primeiro passo no sentido da independência, da autonomia científica do direito processual. [...] Logo depois disto surge a célebre, a primeira, *Revista de Direito Processual* alemã, fundada por BÜLOW. BÜLOW sustenta a tese da relação jurídica processual de direito público, como um passo avante, decorrente das premissas lançadas por MUTHER. [...] A concepção de CHIOVENDA, o maior mestre italiano, é conhecida na doutrina como teoria da ‘ação como direito potestativo’. CHIOVENDA a apresentou numa conferência pronunciada em Bucareste, em 1902. Esta conferência é encontrada no primeiro volume dos *Ensaio*s de CHIOVENDA. Antes disto, lá por 1898 ou 1899, CHIOVENDA redigiria o verbete sobre a ‘ação’ no *Dicionário Jurídico de Direito Privado* de Scialoja, onde trata já do problema da ação. [...] Essa teoria culminou com o grande COUTURE. Ele realiza a etapa final, completa a obra da publicização do processo, pela inserção definitiva do direito processual no direito constitucional. Diz COUTURE: ‘Chegados a esse extremo, de que a ação nada mais é do que o direito à jurisdição, verifica-se que, na verdade, esse direito de ação nada mais é do que aquilo que os constitucionalistas já conheciam: uma modalidade de direito constitucional de *petição*.’” (LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 215-228). Sobre o assunto, por todos ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-80).

<sup>326</sup> Com a entrada em vigor na Itália em 1970 da lei que instituiu o divórcio, o principal exemplo do Liebman, na terceira edição de seu *Manual de Direito Processual Civil* de 1973, o autor retirou a possibilidade jurídica das condições da ação, mantendo somente a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, no qual estaria embutida a possibilidade jurídica do pedido (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., v. 1, p. 49).

<sup>327</sup> “As três condições da ação, se bem examinadas, referem-se a cada um dos três elementos da ação (demanda): legitimidade *ad causam*/partes; possibilidade jurídica do pedido/pedido; interesse de agir/causa de pedir.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 278).



Para Liebman as condições da ação deveriam ser tratadas como uma categoria independente dos pressupostos processuais e do mérito, representando uma posição intermediária entre essas duas classes. Em outros termos, as condições da ação não se confundiriam com os pressupostos processuais e nem com o mérito, sendo inclusive prejudiciais à apreciação deste.

No entanto, as condições da ação seriam questões de natureza processual, relacionadas apenas a alguns aspectos da relação jurídica material, cuja análise deveria ser feita preliminarmente pelo juiz, de forma superficial e abstrata, ou seja, baseada na hipotética existência do direito subjetivo alegado pelo autor, e sem as quais não seria possível a apreciação do mérito.

Com isso, a estrutura do processo seria formada por três categorias autônomas, formando o trinômio processual, qual seja: a) os pressupostos processuais, que seriam os requisitos do próprio processo; b) as condições da ação, relacionadas a alguns aspectos da relação jurídica material; e c) o mérito, que seria a análise da lide. Já a cognição judicial seria dividida em dois tipos: a) dos requisitos de admissibilidade da análise do mérito, que envolveria os pressupostos processuais e as condições da ação; e, b) o exame do mérito da causa.

Como consequência, a questão poderia ser arguida ou declarada de ofício pelo juiz em qualquer fase do processo, e o reconhecimento da ausência de uma das referidas condições tornaria o autor carecedor da ação.

Essa teoria não ficou imune a críticas, a iniciar pela terminologia utilizada “condições da ação”. Para Liebman, quando reconhecida a ausência de alguma das três condições da ação, o autor se tornaria carecedor da ação e esta, na verdade, não teria nem existido.

Ora, se a ação dá início à jurisdição, e durante o exercício desta é que se verifica a presença das três situações em torno do direito subjetivo afirmado pelo autor, não se poderia falar em condição de existência do que já existe, no caso, a ação. Diante disso, alguns doutrinadores passaram a dizer que o mais correto seria a utilização do termo “requisitos” de admissibilidade do julgamento de mérito<sup>328</sup>, e não “condições da ação”.

Por sua vez, Liebman ainda defendia que, uma vez reconhecida a carência de ação do autor com a extinção do feito sem a apreciação do mérito, o juiz também não teria exercido

---

<sup>328</sup> Considerando as condições da ação verdadeiros requisitos do provimento final, por incluir situações possíveis de ocorrer nas três espécies de processo (conhecimento, cautelar, executivo), ver: BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno, Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final, cit., p. 95-97. E ainda: MOUTA, Madson da Cunha. Ação: ausência de condição constatada no final do processo, carência de ação ou

qualquer função jurisdicional, que só ocorreria mediante pronúncia judicial sobre o mérito (favorável ou desfavorável).<sup>329</sup>

Porém, como explicar a natureza jurídica da movimentação da máquina judiciária ocorrida até o reconhecimento da “carência de ação” do autor? Observe-se que essa posição também não explica a existência autônoma do processo em relação à ação e à jurisdição, ou seja, a trilogia estrutural do processo.<sup>330</sup>

Outra crítica doutrinária à criação das condições da ação teve fundo lógico e consistiu no fato de que, estando elas em uma posição intermediária entre o juízo de admissibilidade e o de mérito, não haveria necessidade de se criar uma terceira categoria de questão a ser submetida ao mesmo órgão jurisdicional.<sup>331</sup>

Para afastar as críticas à teoria eclética da ação, foi criada a teoria da asserção ou *prospettazione*, que seria uma técnica adotada para o exame das condições da ação, distinguindo-o da apreciação do mérito da causa, e abrandando, assim, a doutrina original de Liebman.<sup>332</sup>

Segundo essa teoria<sup>333</sup>, as condições da ação – como categoria relacionada à admissibilidade do exame de mérito – seriam examinadas *in statu assertionis*, ou seja, apenas com base nas alegações contidas na petição inicial, sendo que, se o exame sobre a veracidade de tais alegações dependesse da apreciação de elementos probatórios, a cognição judicial seria de mérito.

Em outros termos, as condições da ação deixariam de ser consideradas como requisitos de existência da ação e se tornariam requisitos de seu legítimo exercício,

improcedência do pedido? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 4, n. 24, p. 32, jul./ago. 2003.

<sup>329</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, anno 4, n. 1, p. 66, 1950.

<sup>330</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo: o modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional: natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 353, p. 141-199, jan./fev. 2001.

<sup>331</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 197, p. 256, jun. 2011.

<sup>332</sup> “Não me consta que haja Liebman manifestado por escrito qualquer opinião a favor ou contra essa teoria, mas posso dar meu depoimento de haver ouvido dele próprio uma palavra de repúdio a ela, dizendo que é inerente às teorias concretas da ação, francamente repudiadas na doutrina moderna.” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., v. 1, p. 50).

<sup>333</sup> “Sobre o tema, duas teorias se apresentam: a primeira da *apresentação* defende que, mesmo que venha ao final, a decisão será de carência de ação, já a segunda, a da *prospettazione* ou da *asserção*, defende que nesse caso a sentença será de mérito [...]”. (MOUTA, Madson da Cunha, *Ação: ausência de condição constatada no final do processo, carência de ação ou improcedência do pedido?*, cit., p. 32).

admitindo-se, com isso, a ocorrência do exercício do direito de ação, ainda que reconhecida a ausência de alguma das condições da ação.<sup>334</sup>

Contudo, isso resolveu em parte o problema, pois, para alguns doutrinadores, ainda permaneceu a dificuldade prática de se desvincular a análise das condições da ação do próprio exame do mérito.

Além disso, a análise apenas hipotética dos fatos afirmados pelo autor na inicial não seria um critério seguro para condicionar o prosseguimento da demanda, já que o autor poderia inclusive manipular suas alegações somente para conseguir êxito na admissibilidade da demanda, sem qualquer compromisso com a realidade que ficasse demonstrada durante o desenvolvimento do processo.

De qualquer modo, a justificativa doutrinária para a manutenção das condições da ação no ordenamento jurídico reside em possíveis benefícios para o processo. Com efeito, o tema tem como fundamento científico o princípio da economia processual<sup>335</sup>, responsável por impedir o desenvolvimento ou a continuidade do processo cuja impossibilidade de tutela jurisdicional se verifica de plano em relação ao cabimento jurídico do pedido, à pertinência subjetiva da demanda e à necessidade/adequação da pretensão autoral.<sup>336</sup>

O fato é que as condições da ação foram inseridas no CPC de 1973<sup>337</sup> e, a partir dessa previsão legislativa, houve importantes reflexos processuais. Passaram a ter tratamento de situações intransponíveis, oriundas de norma cogente, cognoscíveis de ofício pelo juiz e a qualquer tempo e grau de jurisdição, capazes de ensejar a extinção do feito sem o exame do mérito.<sup>338</sup>

<sup>334</sup> Fredie Didier Jr., quanto às condições da ação, assevera que as elas não se referem ao direito de ação, constitucionalmente garantido e abstrato, mas dizem respeito à “ação exercida”, sempre concreta, pois referente a determinada situação jurídica substancial (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 356-357).

<sup>335</sup> “O texto constitucional não prevê, de modo expresso e geral, pressupostos processuais ou condições da ação, o que já denota que as limitações infraconstitucionais impostas deverão ser comedidas e ter por finalidade o cumprimento expresso na Carta Magna. Portanto, não poderão representar denegação de justiça e deverão servir exatamente aos escopos constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da duração razoável dos processos. Sendo assim, a exigência dos pressupostos processuais e das condições da ação, bem como a solução diante da inexistência destes requisitos, devem estar pautadas pelo acesso à justiça e pela economia processual.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O acesso à Justiça e as condições da ação*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 174, p. 327-328, ago. 2009).

<sup>336</sup> Entendendo que a falta de uma das condições da ação leva a um julgamento sem resolução do mérito, não importando o momento em que for constatada, ver: MOUTA, Madson da Cunha, *Ação: ausência de condição constatada no final do processo, carência de ação ou improcedência do pedido?*, cit., p. 34.

<sup>337</sup> Concordando com a opção legislativa brasileira de optar pelo trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito, ver: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, v. 17, p. 45, jan./mar. 1980.

<sup>338</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição,

Pelo Código, constatada a ausência de uma das condições da ação, o juiz deve se pronunciar no primeiro momento, de ofício ou mediante requerimento<sup>339</sup>, gerando, por conseguinte, inúmeras consequências processuais, que podem ir desde o indeferimento da petição inicial<sup>340</sup>, até a extinção do processo sem o exame do mérito, hipótese que, para alguns doutrinadores, impediria, inclusive, a repropositura da demanda, caso a condição não fosse atendida, interpretação extraída do *caput* do artigo 268 do CPC.

Atualmente, os processualistas brasileiros já divergem sobre a existência e o tratamento dado às referidas figuras processuais<sup>341</sup>, muitos entendendo tratar-se de hipóteses relacionadas ao próprio mérito da demanda<sup>342</sup>, e que por tal razão não deveriam mais subsistir.<sup>343</sup>

Não bastasse, a própria utilidade dessa categoria autônoma de cognição judicial vem sendo questionada, seja porque na prática os magistrados não se dedicam a dar às condições da ação a economia processual inicialmente propagada, seja porque, apesar do estreito liame com a relação jurídica de direito material, o reconhecimento da ausência de uma das condições da ação tem como consequência legislativa a extinção do feito sem o exame do mérito, sem resolver definitivamente a lide instaurada.

É importante salientar que as condições da ação, durante uma fase mais formalista do processo, serviram de justificativa para inúmeras sentenças terminativas, em verdadeiro abuso da atividade jurisdicional, já que para o magistrado era muito mais fácil extinguir de forma anômala o feito, do que adentrar nas questões meritórias.<sup>344</sup>

enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

<sup>339</sup> “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] III - inépcia da petição inicial; [...] X - carência de ação; [...]”

<sup>340</sup> “Art. 295. A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; [...] Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: [...] II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; [...]”

<sup>341</sup> Adotando a corrente majoritária que distingue as condições da ação, de caráter puramente processual, daquelas proferidas com a análise do mérito, em razão de economia processual, ver: BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno, Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final, cit., p. 106.

<sup>342</sup> No sentido de que as condições da ação são pertinentes ao mérito por se referirem à relação de direito material, ver: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 106.

<sup>343</sup> “Reiteramos, após essa análise individualizada das chamadas condições da ação, nosso convencimento no sentido de que a denominada sentença de carência em nada se pode distinguir daquela de improcedência.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Saneamento do processo*: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 44).

<sup>344</sup> “Por outro lado, a própria teoria das condições da ação foi levada a pontos de exagero no Brasil, seja em sede doutrinária, seja pelos tribunais, sendo frequentes as afirmações de ser o autor carecedor da ação em casos de nítida improcedência da demanda ou de algum pressuposto de direito material.” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., v. 1, p. 49).

Por outro lado, apesar de a doutrina condicionar a propositura de nova demanda ao preenchimento da condição faltante, e a lei fazer algumas exigências de ordem financeira<sup>345</sup>, não existe o necessário controle estatal sobre a qualidade dessas novas proposições, o que também não contribui para o processo, para as partes e nem para a eficiência do Judiciário.

Já a jurisprudência continuou dando idêntica receptividade às condições da ação, sem tecer maiores críticas ou trazer entendimentos divergentes capazes de ajudar no debate do assunto, numa perspectiva mais contemporânea.

Daí a necessidade de se continuar investindo no estudo e aperfeiçoamento da função e efeitos das condições da ação, para que sua existência no sistema, caso persista, possa ter a correta compreensão e utilização pelos operadores do direito.

#### 3.4.2 Natureza jurídica das “condições da ação”

O processo civil, mais precisamente a partir da década de 90, passou a sofrer inúmeras alterações ideológicas, para se adequar à perspectiva imposta pela Constituição de 1988. Isso ensejou uma revisitação às antigas teorias e preceitos já considerados estanques, e o resultado foi o questionamento de técnicas processuais que não mais se justificavam no sistema. E não foi diferente com as condições da ação, que passaram por novos critérios interpretativos.

Sabe-se que tanto os pressupostos processuais quanto as condições da ação têm o escopo de evitar o desenvolvimento inútil da atividade processual e alcançar o objetivo maior do processo, que é a solução das controvérsias.

O juiz então possui duas espécies de pronunciamento: uma sobre os requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito, referente à apreciação dos pressupostos processuais e das condições da ação, e a outra sobre o mérito. Portanto, são três diferentes questões e duas espécies de provimento judicial. O que nos interessa agora é somente quanto aos requisitos de admissibilidade do provimento final, ou seja, condições da ação e pressupostos processuais, que são questões consideradas de ordem pública, com ênfase, neste capítulo, nas condições da ação.

As condições da ação são divididas em três espécies: impossibilidade jurídica do pedido, legitimidade para a causa e interesse de agir.

---

<sup>345</sup> “Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. [...]”

Das três, a mais controvertida<sup>346</sup> é a possibilidade jurídica do pedido, especialmente em razão da dificuldade de se dissociar a análise puramente hipotética e processual da viabilidade jurídica do direito subjetivo afirmado pelo autor das questões afeitas ao mérito.<sup>347</sup>

Além disso, há controvérsia quanto à análise da possibilidade jurídica do pedido envolver só a providência estatal pleiteada<sup>348-349</sup>, ou se também incluiria a causa de pedir autoral.<sup>350</sup>

Com efeito, de acordo com o que dispõem os incisos II e III do parágrafo único do artigo 295 do CPC, a impossibilidade jurídica do pedido pode ocorrer de duas formas: a) a absoluta, quando o pedido imediato é dirigido contra o Estado, ou seja, a tutela jurisdicional buscada não tem amparo no ordenamento jurídico vigente; e, b) a relativa, quando o pedido mediato referente ao próprio direito material buscado contra o réu também não tem amparo no ordenamento jurídico.

Porém, nos dois casos há um liame com o exame do próprio mérito. Ora, se a impossibilidade jurídica residir no pedido imediato, como, por exemplo, a separação judicial, situação não mais amparada pelo direito material objetivo, o pronunciamento judicial estaria

---

<sup>346</sup> “Verifica-se, pois, que *impossibilidade jurídica e improcedência* são fenômenos ontologicamente iguais. A diferença está no maior ou menor grau de incompatibilidade entre a pretensão e o sistema. Contrariar frontalmente a regra do direito material é impossibilidade jurídica. Divergir da orientação de determinados tribunais implica improcedência passível de verificação na própria inicial. Questões de direito mais complexas podem ensejar o julgamento antecipado. Por isso, errou o legislador ao considerar a possibilidade jurídica como condição da ação cuja ausência importaria decisão sem conteúdo de mérito (CPC, arts. 267, VI, e 295, parágrafo único, I), apenas porque manifesta a incompatibilidade da demanda com o ordenamento jurídico-material.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 280).

<sup>347</sup> “Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre ser a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica e acabada sentença de mérito. Ao proferi-la, o juiz ‘rejeita o pedido do autor’, nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o *bem da vida* por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele a sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (*rectius*, o pedido) não procede.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Extinção do processo e mérito da causa*, in *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, p. 35-36).

<sup>348</sup> Entendendo que a declaração de impossibilidade jurídica absoluta do pedido, de falta de legitimidade ordinária e de interesse de agir implica em julgamento de mérito, sem embargo do artigo 267, VI, do CPC, independente do momento de prolação do ato sentencial, produzindo coisa julgada material impeditiva de repositura da ação, e que o artigo 268 do CPC não tem aplicação nesses casos, ver: MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, v. 45, p. 44-47, jan./mar. 1987.

<sup>349</sup> “A impossibilidade jurídica, face ao nosso direito, dirá apenas com os casos em que o pedido não possa ser examinado e não quando as pretensões hajam de ser desde logo repelidas por manifestamente desamparadas.” (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Condições da ação: possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, v. 46, p. 46, abr./jun. 1987).

<sup>350</sup> “A vinculação das condições da ação com o mérito é visceral, uma vez que, suplantadas as barreiras dos pressupostos processuais, nada mais existe a tratar que não a relação de Direito Material, sob o prisma dos pedidos *objetos mediatos* – dos interessados. [...] as condições da ação são *pressupostos para uma decisão de mérito, condições de admissibilidade do pedido ou equivalentes*.” (MUSSI, Breno Moreira, *As condições da ação e a coisa julgada*, cit., p. 40).

entendendo pela ilicitude do pleito e, portanto, negando a pretensão autoral definitivamente. Por outro lado, se a impossibilidade jurídica for com relação à própria relação jurídica material, como o clássico exemplo da dívida de jogo como fundamento de uma cobrança, o pronunciamento judicial também estaria contemplando um exame de mérito em razão da falta de amparo no direito material positivo.

Assim, o melhor entendimento é o que inclui a análise da causa de pedir alegada na verificação da possibilidade jurídica do pedido, situação essa que sempre representa o exame da pretensão material do autor e, por isso, se refere ao mérito da causa.<sup>351</sup>

O próprio Liebman, pai das condições da ação, retirou a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação. Porém, o autor italiano considerou a hipótese absorvida pelo interesse de agir, levando a crer que essa incorporação não teria o condão de transformar a natureza processual da condição para meritória, sendo que até os dias de hoje os processualistas divergem sobre o assunto, sendo certo que a controvérsia só reside na esfera acadêmica, diante da previsão legislativa expressa da referida condição da ação.

Contudo, quando da elaboração do Projeto de Novo CPC, criaram-se expectativas quanto à manutenção das condições da ação da forma como foram sedimentadas no meio jurídico, ou então se a lei caminharia para a extinção da referida categoria jurídica, seguindo parte da doutrina atual, que defende o seu fim.

No entanto, pelo Projeto de Novo CPC, houve modificação da legislação original das condições da ação, para retirar a possibilidade jurídica do pedido de suas hipóteses, mas sem deixar expresso se adota a natureza processual ou meritória da questão, mantendo incólume a existência da legitimidade *ad causam* e do interesse de agir<sup>352</sup> como categorias de extinção do feito sem resolução de mérito.<sup>353</sup>

Daí iniciou-se uma nova discussão doutrinária sobre se a real intenção do legislador teria sido atribuir à possibilidade jurídica do pedido a característica de verdadeira questão de

---

<sup>351</sup> Entendendo que o requisito da possibilidade jurídica do pedido se refere apenas ao pedido imediato, ou seja, sempre que o ordenamento permita a relação processual em torno da pretensão do autor, ver: BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno, Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final, cit., p. 103.

<sup>352</sup> “Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”. No NCPC: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.”

<sup>353</sup> “O ideal é que também a legitimidade para agir e o interesse processual fossem retirados do âmbito dos casos em que não há resolução de mérito. Nada obstante a teoria da asserção resolva em parte o problema, ao permitir a construção de que a efetiva verificação da ilegitimidade para a causa e da ausência de interesse processual redundem em decisões de mérito, o mais adequado está em desde logo reconhecer-se o fato de que estas categorias pertencem à situação jurídica material deduzida em juízo. Como durante muito tempo se discutiu esse tema e o Código vigente veio, por assim dizer, para pacificá-lo, não basta a simples supressão do inciso VI do art. 467. O mais conveniente é que se explicita no art. 469 que o exame da legitimidade para a causa e do interesse processual implicam resolução do mérito e verdadeira improcedência do pedido.”

mérito<sup>354</sup>, por resolver por completo a crise do direito material judicializada, ou se a ideia do projeto teria sido aderir à última versão de Liebman, que considerava a possibilidade jurídica do pedido uma espécie integrante do interesse de agir e, nesse caso, continuaria correspondendo a uma causa de decisão de inadmissibilidade.<sup>355</sup>

Também chama atenção dos juristas o fato de o projeto do novo texto legislativo não fazer referência à expressão “condição da ação” e nem “carência da ação”, que há muito vem sendo criticada pela doutrina nacional<sup>356</sup>. A opção legislativa também gera dúvidas sobre a subsistência das condições da ação<sup>357</sup> como categoria autônoma ou se elas passariam a integrar os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito, ou então o próprio mérito.<sup>358</sup>

Porém, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil<sup>359</sup> não deixa dúvidas de que a possibilidade jurídica do pedido deixou de integrar o juízo de

(MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 126-127).

<sup>354</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie, Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 258. Seguindo o entendimento de que a possibilidade jurídica do pedido deixou de integrar a categoria das condições da ação, ver: MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. Os aspectos procedimentais da petição inicial e da contestação e o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodvum, 2011. p. 99.

<sup>355</sup> “É que, a meu juízo, a ausência de possibilidade jurídica é, na verdade, um caso de falta de interesse de agir. Afinal, aquele que vai a juízo em busca de algo proibido aprioristicamente pelo ordenamento jurídico postula, a rigor, uma providência jurisdicional que não lhe pode trazer qualquer utilidade. E isto nada mais é do que ausência de interesse de agir.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 197, p. 263, jul. 2011). Também defendendo que o Projeto de novo CPC acolheu a posição de Liebman, que passou a incluir a possibilidade jurídica do pedido no interesse processual, ver: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 156.

<sup>356</sup> “Ao prevalecer a proposta, não mais haverá razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito ‘condição da ação’. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais. [...] A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora preche de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplauso. É certo que o projeto poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de legitimação ordinária implica improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade. Mas este texto é para celebrar o avanço e não para lamentar eventual timidez da proposta. [...] A legitimidade extraordinária, e apenas ela, deverá ser compreendida como pressuposto processual de validade, cuja falta leva à extinção sem resolução do mérito.” (DIDIER JR., Fredie, Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil, cit., p. 259-260).

<sup>357</sup> Entendendo que a carência da ação se refere ao processo e não à ação, ver: PACAGNAN, Rosaldo Elias. Breves reflexões sobre as condições da ação. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, São Paulo, ano 53, n. 331, p. 69, maio 2005.

<sup>358</sup> Segundo Leonardo Cunha, o texto dos dispositivos do Projeto de novo CPC, que não prevê os termos “condições da ação” e “carência da ação”, indica a opção pela extinção das condições da ação como categoria autônoma do direito processual (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 198, p. 234, ago. 2011).

<sup>359</sup> “Com o objetivo de dar maior rendimento a cada processo, individualmente considerado, e, atendendo a críticas tradicionais da doutrina, deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A



admissibilidade, para fazer parte do exame de mérito, inclusive com previsão de julgamento liminar de improcedência do pedido<sup>360</sup>, prejudicando, assim, todas as dúvidas sobre o assunto.

Assim, embora o tema ainda crie divergências no âmbito doutrinário, a legislação está aos poucos reconhecendo a verdadeira função dessa técnica processual inicialmente criada para servir ao direito material, mas que depois foi desvirtuada, ganhando uma dimensão que não se justifica cientificamente, e muito menos no campo pragmático.

No que tange à legitimidade *ad causam*<sup>361-362</sup>, também há controvérsias sobre a natureza processual ou meritória da cognição judicial.

O sistema processual brasileiro prevê duas hipóteses: a) a legitimação ordinária, quando for pleiteado em nome próprio direito próprio; e, b) a legitimação extraordinária, que ocorre quando a lei autoriza que se pleiteie em nome próprio direito alheio.

Na legitimação ordinária, quando o magistrado constata que a relação jurídica material afirmada não se identifica com uma das partes que constam da relação processual, ele declara que o autor ou o réu não pertence àquela lide instaurada, e que, por isso, a demanda não poderia prosseguir, diante da incompatibilidade subjetiva detectada. Esse pronunciamento judicial, que exclui definitivamente um dos sujeitos processuais da lide alegada, resolve um impasse atinente ao próprio direito material e, por isso, tem caráter meritório.<sup>363</sup>

E esse tipo de cognição, tanto a positiva quanto a negativa, não pode ser provisório e nem sumário, já que considera elementos concretos da demanda exercida, sendo que tanto os

sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014).

<sup>360</sup> “Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que: [...] IV - for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico; [...]”

<sup>361</sup> “Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

<sup>362</sup> No NCPC: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

<sup>363</sup> “[...] Relativamente a esta ‘condição’ legitimidade, parece ainda mais difícil sustentar-se que seja matéria estranha ao mérito. Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: ‘Se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular’. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimamente passiva *ad causam*, declara que, *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, Extinção do processo e mérito da causa, in *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, p. 40).

aspectos da causa de pedir quanto os eventuais documentos juntados podem servir de base de convicção para a constatação judicial de ilegitimidade ativa ou passiva.<sup>364</sup>

Isso porque, uma vez identificada a impertinência subjetiva da demanda – ativa ou passiva –, ela é absolutamente prejudicial a qualquer outro aspecto do objeto litigioso, e ainda é definitiva quanto àquela relação de direito material. Em outros termos, a parte excluída da relação jurídica terá a seu favor a resolução das situações substancial e processual, o que impedirá a rediscussão, fazendo coisa julgada material.

Porém, permanece a controvérsia acadêmica sobre os efeitos do pronunciamento extintivo, ou seja, se faz ou não coisa julgada material. É evidente que se a questão resolvida for de natureza processual, a sentença será terminativa.

Por sua vez, se o autor, para ajuizar nova ação, depende do suprimento do vício faltante, é certo que a primeira relação jurídica processual instaurada, nos moldes subjetivos em que a demanda foi iniciada, restou absolutamente superada e definida, ensejando, inclusive, segurança jurídica quanto à imutabilidade da decisão para ambas as partes. Assim, se o autor intentar demanda nova com o preenchimento da condição faltante, tratar-se-á, na realidade, de lide subjetivamente diferente.

No entanto, esse critério não é válido para se negar a relação umbilical entre a análise da legitimidade da causa e o mérito, de modo que essa condição da ação possui natureza substancial e não processual, devendo, por isso, ser excluída dos requisitos de admissibilidade do mérito.

Em posição intermediária, há quem defenda que a distinção entre se tratar de condição da ação ou mérito dependeria da extensão da cognição exercida pelo juiz, no sentido de que se a decisão não for capaz de eliminar completamente a lide, mas somente alguns de seus aspectos, ela terá natureza meramente processual, e não fará coisa julgada. Todavia, não se trata de um critério hábil a justificar a defesa de sua natureza processual.

A uma porque o reconhecimento de que alguém não integra uma relação jurídica de direito material faz com que, em relação a ela, seja eliminado qualquer vínculo obrigacional, material e processual, e essa exclusão sacramenta uma situação jurídica como um todo, definitivamente; a duas porque, uma vez reconhecida a ilegitimidade de uma das partes, o juiz

---

<sup>364</sup> Em entendimento de vanguarda, conferir interessante artigo sobre a maleabilidade das posições jurídicas processuais: “Devemos ampliar a compreensão do interesse processual, conciliando com a abordagem proposta da *legitimatío ad actum*, autorizando uma apreensão dos filtros das condições da ação a partir de visão mais dinâmica da relação processual e voltada para cada um dos atos processuais.” (CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 143-173).

está exercendo uma cognição sobre dados concretos e não sobre meras conjecturas abstratas ou hipotéticas, e essa análise não pode ser considerada superficial; a três porque o reconhecimento judicial da impertinência subjetiva da lide afeta substancialmente a relação jurídica, não sendo, pois, processual, até porque gera efeitos extraprocessuais<sup>365</sup>, e não somente endoprocessuais.

Dessa forma, o pronunciamento sobre a legitimidade ordinária é de mérito, tendo como consequência a coisa julgada material.

O Projeto de Novo CPC ainda manteve a opção de considerar terminativa a sentença que declara a ilegitimidade de uma das partes<sup>366</sup> e avançou pouco, ao apenas condicionar expressamente a nova ação ao preenchimento do defeito constatado.<sup>367</sup>

Com efeito, o Projeto de Novo CPC poderia não só ter reconhecido a natureza meritória da cognição judicial sobre a ilegitimidade da parte, como ainda ter feito constar a hipótese do dispositivo que trata da improcedência liminar do pedido<sup>368</sup>, contribuindo, assim, para o tempestivo controle da regularidade processual e evitando desde logo que a máquina judiciária fosse movimentada além do necessário.

De qualquer modo, é importante frisar que a natureza jurídica dos institutos processuais não deve ser subordinada à opção legislativa, mas sim atender à adequada cientificidade que a questão requer.

Para complementar, previsão interessante no Projeto de novo CPC diz respeito à possibilidade de o réu, na contestação, alegar a sua ilegitimidade e indicar o polo passivo

---

<sup>365</sup> “[...] Apenas inexistente aqui juízo de valor sobre qualquer dos dados da relação material. Nas condições da ação, ao contrário, a decisão produz efeito naquele plano, porque define aspectos da situação da vida. O juiz afirma que uma das partes não a integra, que a pretensão é vedada pelo ordenamento jurídico ou que ainda não se verificou a crise cuja eliminação se pretende. Tanto o exame da competência como o das condições da ação, todavia, é feito segundo elementos da relação substancial posta em juízo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 87-88).

<sup>366</sup> Em sentido contrário: “Pelo texto do Projeto do novo Código de Processo Civil, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ordinária* da parte passariam, então, a ser questões de mérito. Ao lado das questões de mérito, haveria os pressupostos processuais em cujo âmbito estariam inseridos o interesse de agir e a legitimidade *extraordinária*.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da, Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara, cit., p. 235).

<sup>367</sup> “Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: [...] VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...]”

<sup>368</sup> Bedaque afirma que a verificação da legitimidade *ad causam*, na maioria dos casos, aproxima-se da análise da própria relação material, e que seus efeitos são semelhantes ao do julgamento de mérito, embora não resolva integralmente a crise do direito material. Adverte o autor, contudo, que não se pode ignorar a existência de lei adjetiva que distingue a questão da legitimidade para efeitos processuais, mas admite a possibilidade de o legislador conferir à ilegitimidade solução idêntica à adotada no artigo 285-A que, substancialmente, não difere do disposto no artigo 295, parágrafo único, inciso III (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 286-302).

correto, para que o autor promova a devida alteração e o feito possa prosseguir. Trata-se, sem dúvida, de alteração legislativa que prestigia a efetividade do processo.<sup>369</sup>

Vejam agora a legitimação extraordinária.<sup>370</sup>

O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não como mero representante, que não é parte no processo. Também não se confunde com a figura da sucessão processual, em que há a saída de uma pessoa do processo, para a entrada de outra.

É importante a distinção entre legitimação ordinária e extraordinária, já que esta não poderia constituir um direito autônomo de conduzir o processo como aquela, em razão de não haver compatibilidade entre o sujeito da lide e o sujeito do processo, o que gera efeitos importantes no processo, especialmente quando da verificação da regularidade da legitimação.

Vê-se, portanto, que para fins de análise das condições da ação, a legitimação extraordinária<sup>371</sup> possui algumas particularidades que devem ser pontuadas.

A primeira é concernente à natureza jurídica do reconhecimento judicial de existência dessa autorização legal, ou seja, se processual ou meritória.

Nesse aspecto, observa-se que para se definir se a questão é meritória ou processual, deve-se ter em conta a própria conceituação do instituto processual da legitimidade extraordinária, que distingue os sujeitos da lide dos sujeitos do processo, uma vez que não haverá coincidência entre ambos, ao menos como interesse direito.

Assim, embora o legitimado extraordinário possa conduzir o processo de forma autônoma em relação aos sujeitos da lide e ainda se submeta à coisa julgada, a análise judicial sobre a existência da autorização legal ou da relação de pertinência entre o legitimado e a natureza dos interesses controvertidos (v.g. a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos) é questão de cunho processual e não substancial, de modo que a decisão não será de mérito, já que não terá efeitos sobre o direito material, que permanecerá intacto.

---

<sup>369</sup> “Art. 339. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º. Art. 340. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação. Parágrafo único. Feita a indicação, prosseguir-se-á nos termos do art. 339.”

<sup>370</sup> Sobre as classificações da legitimação extraordinária, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 58-72.

<sup>371</sup> Sobre outras classificações da legitimidade extraordinária, consultar: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

Sendo assim, os efeitos de uma decisão em torno da legitimidade extraordinária, seja ela em torno da relação de pertinência entre o objeto litigioso e o sujeito do processo, ou então quanto ao preenchimento dos requisitos legais para que possa atuar na qualidade de sujeito do processo, não poderão ter natureza meritória, pois as questões envolvem aspectos externos à relação jurídica controvertida, integrando a categoria dos pressupostos processuais.<sup>372</sup>

Por fim, resta analisar a natureza jurídica do interesse de agir.

O interesse de agir ou processual também é uma das hipóteses de condição da ação prevista no direito positivo brasileiro<sup>373</sup>, que se relaciona com a verificação da necessidade/utilidade e adequação da prestação da tutela jurisdicional, constituindo, ao lado das demais condições da ação, um requisito de admissibilidade para o exame do mérito.<sup>374</sup>

Em linhas gerais, acerca dos elementos do interesse de agir<sup>375</sup>, tem-se que o fator necessidade está relacionado com a imprescindibilidade de intervenção estatal para a solução da controvérsia ou o afastamento de uma lesão de direito<sup>376</sup>. Trata-se de circunstância que visa a impedir a provocação da atividade jurisdicional por simples capricho, para importunar ou intimidar o réu, não podendo ainda utilizar a máquina judiciária para fins de consultoria de teses jurídicas.

Já o aspecto da utilidade exige que haja um aproveitamento prático e efetivo do autor na tutela jurisdicional pleiteada, ou seja, que o coloque em uma situação mais vantajosa, e que

---

<sup>372</sup> “Embora a legitimidade *extraordinária* esteja relacionada com a relação material, sendo estabelecida em razão do nexa existente entre as relações jurídicas de titularidade do legitimado ordinário e do extraordinário, não constitui uma questão de mérito. Se o substituto processual não dispõe de legitimidade, a sentença que assim o reconhece não denega o direito do substituto. Com efeito, quando o juiz reconhece a ilegitimidade *ad causam* do substituto processual, não está a rejeitar o reconhecimento do direito do substituído; está, apenas, a observar que, naquele caso, o sujeito não está autorizado a, em nome próprio, postular direito alheio. Significa, então, que a legitimidade *extraordinária* é uma questão de admissibilidade do processo, e não de mérito.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da, Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara, cit., p. 234-235).

<sup>373</sup> No NCPC: “Art. 19. O interesse do autor pode se limitar à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; [...] II - da autenticidade ou da falsidade de documento.”

<sup>374</sup> Há quem sustente se tratar de único requisito: “[...] partilhamos do entendimento de que tanto a possibilidade jurídica da demanda quanto a legitimidade *ad causam* encontram-se, necessariamente contidas na fórmula geral do interesse de agir, tido assim, como requisito único do provimento jurisdicional final.” (BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno, Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final, cit., p. 104).

<sup>375</sup> Acerca das diversas concepções doutrinárias do interesse de agir, ver: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120-136.

<sup>376</sup> No mesmo sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. As condições da ação e os pressupostos processuais. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais (CEIP), v. 2, n. 3, p. 43, maio/ago. 2001.

não poderá ser ilícita. Por fim, a adequação seria a existência de compatibilidade entre o provimento e o procedimento escolhido pelo autor.<sup>377</sup>

Pois bem. O interesse de agir, sob qualquer ângulo que se observe, não se identifica com a ação<sup>378</sup> e, por essa razão, não pode constituir uma de suas condições. Trata-se, na verdade, de um requisito para o exercício da jurisdição, devendo ser qualificado como pressuposto processual.

Explica-se. No que tange ao aspecto da necessidade/utilidade da tutela jurisdicional, o autor, ao provocar a jurisdição, deve demonstrar a idoneidade de sua pretensão, no sentido de ser necessário o amparo judicial para solucionar a situação jurídica exposta, e que, com isso, obterá vantagens práticas, um benefício jurídico efetivo. Não obstante, o autor também deve evidenciar que suas afirmações não decorrem de abuso de direito<sup>379</sup> ou de fins ilícitos.<sup>380</sup>

Todos esses aspectos não se identificam e nem se confundem com o direito material, mas estão no plano do direito processual. Em outros termos, o autor deve expor ao magistrado que possui um motivo legítimo e razoável para demandar, demonstrando, assim, a relevância da utilização do processo. É uma espécie de apresentação de justa causa pelo autor, para justificar a provocação jurisdicional.<sup>381</sup>

Ressalte-se que essa justa causa não se confunde com a causa de pedir, elemento da ação, cuja viabilidade jurídica deve ser analisada juntamente com o pedido, constituindo questão de mérito. A justa causa possui natureza processual e visa a proteger primordialmente o interesse do Estado, para que suas atividades não sejam utilizadas desnecessariamente, de modo que um provimento sobre essa questão possui cognição restrita que não adentra à apreciação do direito material alegado, tendo efeitos endoprocessuais.

---

<sup>377</sup> “O interesse de agir é fruto da utilidade potencial da jurisdição, tanto para o autor quanto para o Estado.” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, *Condições da ação*: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro, cit., p. 140).

<sup>378</sup> Alexandre Câmara entende que enquanto houver a distinção entre ação e processo, não será possível incorporar as condições da ação aos pressupostos processuais (CÂMARA, Alexandre Freitas, *Será o fim da categoria “condição da ação”?* Uma resposta a Fredie Didier Júnior, cit., p. 266).

<sup>379</sup> Sobre o tema, consultar: BOVINO, Marcio Lamônica. *Abuso do direito de ação*: a ausência de interesse processual na tutela individual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 79-92.

<sup>380</sup> Essa vinculação de interesses considerados econômicos ou morais ao direito de ação sofre algumas críticas na doutrina (SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. *Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucional do acesso ao direito. Direitos fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS Editora, ano 5, n. 14, p. 264, jan./mar. 2011).

<sup>381</sup> “Assim, somente com a apresentação de uma justa causa para a propositura de uma ação poder-se-ia legitimamente exigir do Estado a prestação jurisdicional. Pois, ao contrário, estar-se-ia vedando a todos, e precipuamente aquele inserido na posição de réu ou requerido, sem os mínimos indícios da prática de fatos narrados pelo autor, o livre gozo de seus direitos, premissa maior do Estado Democrático de Direito.” (SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tássio Eduardo; ZANARDI, Glaziele; MILLARD, Rafaela Maria. *A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes. Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 195, p. 419, maio 2011).

Nesse passo, caso o juiz conclua que a intervenção estatal não se faz necessária naquele momento, que o autor não terá qualquer benefício prático com o processo, ou que a finalidade do processo é abusiva ou ilícita, ele não estará adentrando na lide propriamente dita e nem resolvendo aspectos meritórios, mas apenas decidindo questão atinente à viabilidade do ato de provocar a jurisdição.<sup>382</sup>

Assim, o interesse de agir<sup>383</sup> tem natureza instrumental em relação ao direito substancial<sup>384</sup>, de modo que a decisão sobre a questão tem cunho processual, na medida que não afasta ou define a lide.

Como se observa, o que distingue a natureza das chamadas condições da ação é o grau de extensão da cognição do direito material, sendo certo que, no caso do interesse de agir, a limitação é excludente.

No que tange ao aspecto da adequação que se atribui ao interesse processual, deve-se ressaltar que se o termo disser respeito à demonstração do interesse de agir em juízo, o conceito estará embutido na necessidade/utilidade da jurisdição já mencionada, mas se disser respeito à forma, não encontrará nem correspondência com o vocábulo interesse, já que a escolha do procedimento pelo autor não tem o condão de indicar ou medir o seu interesse na tutela jurisdicional, tratando-se apenas de defeito que pode, inclusive, ser corrigido de ofício e que não deve prejudicar o desenvolvimento do processo, e muito menos ensejar a extinção anômala do processo.<sup>385</sup>

---

<sup>382</sup> Galeno Lacerda distingue o interesse jurídico, situação que se confunde com a possibilidade jurídica do pedido e com a legitimação para a causa, do interesse puro e simples, considerado como impulso do ato volitivo, que deve ser real e é avaliado objetivamente pelo magistrado, e que, em caso de ausência, não enseja cognição de mérito (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. p. 89-93).

<sup>383</sup> “São características do interesse de agir: sua autonomia e independência em relação ao interesse substancial; o fato de que é sempre secundário, indireto ou de segundo grau; ser único e imutável, por mais que variem os interesses substanciais afirmados; e ainda ser concreto e atual.” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*, cit., p. 178).

<sup>384</sup> “Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente. Constitui objeto do interesse de agir a tutela jurisdicional e não o bem da vida a que ela se refere.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 281).

<sup>385</sup> “Em relação à adequação do provimento (do pedido) ao fim almejado, a situação ou é a) de impossibilidade jurídica do pedido; ou b) o próprio sistema admite a fungibilidade (arts. 805 e 920 do CPC, por exemplo), como de resto deveria ser a regra; ou c) o caso é de erro de nome, corrigível pelo próprio magistrado; ou d) não sendo possível a correção pelo magistrado, deverá ele determinar a alteração do pedido, conforme, aliás, autoriza o art. 264 do CPC.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 287).

Com efeito, a adequação do provimento pedido ao procedimento indicado pelo autor constitui um pressuposto processual intrínseco de validade, sendo perfeitamente sanável e afetando a relação jurídica material.

Sendo assim, a adequação não deve integrar a categoria de interesse processual, embora ambas digam respeito ao processo, e não à ação.

Dessa forma, a análise do interesse de agir, enquanto ato de provocar a jurisdição, compreende apenas a demonstração da necessidade/utilidade da tutela jurisdicional pretendida pelo autor e integra a categoria dos pressupostos processuais<sup>386</sup>, cuja ausência leva ao juízo de inadmissibilidade do processo, ensejando a extinção do feito sem resolução do mérito, na forma do artigo 295, III, c/c o artigo 267, I (indeferimento da inicial)<sup>387</sup>, ou do artigo 267, IV (ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo)<sup>388</sup>, dependendo do momento em que a decisão for proferida, deixando, assim de integrar a categoria das condições da ação (art. 267, VI, do CPC).

Portanto, conclui-se que as condições da ação deveriam deixar de existir, pois suas hipóteses ou caracterizam um juízo de mérito<sup>389</sup> (impossibilidade jurídica do pedido e legitimidade ordinária)<sup>390</sup>, ou então integram os pressupostos processuais (legitimidade

---

<sup>386</sup> O mesmo se diga em relação às consideradas condições específicas da ação. Nesse sentido: “A nosso ver não existem as denominadas ‘condições específicas da ação’ (pagamento do preço na adjudicação compulsória, *periculum in mora e fumus boni iuris* na ação cautelar etc.). Todas essas ‘condições específicas’ são, na verdade, subsumíveis à condição ‘genérica’ do interesse processual.” (NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, p. 38, out./dez. 1991). Também no mandado de segurança, o ‘direito líquido e certo’ constitui pressuposto processual objetivo, relativo à adequação do procedimento, cuja ausência invalida apenas a utilização do referido instrumento, mas sem afetar o direito material do autor. Sobre o tema, ver: FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 46-48.

<sup>387</sup> “Art. 331. A petição inicial será indeferida quando: [...] III - o autor carecer de interesse processual; [...]”

<sup>388</sup> Infelizmente, o Projeto de novo CPC mantém o interesse de agir como hipótese de condição da ação, com os mesmos efeitos processuais do sistema processual atual. Caso o entendimento exposto fosse acolhido, corresponderia ao seguinte dispositivo: “Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; [...] IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; [...]”

<sup>389</sup> Também entendendo que as condições da ação são questões de mérito, ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman; introdução de Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 69.

<sup>390</sup> Em outro sentido: “Como se vê, qualquer das três citadas condições de admissibilidade da ação é suscetível de consideração autônoma, inteiramente isolada do mérito da causa. Nenhuma delas se confunde com o mérito, e o seu julgamento terá sempre a mesma natureza, nada importando a fase processual em que seja proferido, nem a necessidade de instrução probatória para que seja pronunciado.” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de et al. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, p. 263. (Coleção Doutrinas Essenciais).



extraordinária e interesse processual)<sup>391</sup>, sendo mais adequado se falar em apenas em duas categorias autônomas, ou binômio processual: pressupostos processuais e mérito.<sup>392</sup>

### 3.4.3 Reflexos processuais da extinção das condições da ação

Em que pese se defenda neste estudo a extinção da categoria das condições da ação nos moldes supracitados, sabe-se que o CPC em vigor prevê expressamente suas três hipóteses como requisitos de admissibilidade do exame de mérito: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual.

Por sua vez, apesar de o Projeto de novo CPC ter migrado a possibilidade jurídica do pedido para o mérito, ainda mantém a legitimidade e o interesse como espécies de condição da ação e, portanto, com a mesma natureza jurídica, de modo que tal opção legislativa não pode ser ignorada.

Assim, necessário se faz encontrar uma solução acadêmica que leve em consideração a real natureza jurídica dos institutos e, ao mesmo tempo, atribua efeitos processuais viáveis.

Para tanto, em primeiro lugar deveria ser abolida a aplicação da teoria da asserção<sup>393</sup> porque, na prática, quando o juiz, ao receber a petição inicial, examina a pertinência objetiva ou subjetiva das alegações autorais, embora exerça a cognição de maneira sumária, não o faz hipoteticamente, mas sim sempre com base nos fatos já afirmados pelo autor.<sup>394</sup>

---

<sup>391</sup> Em posição intermediária sobre o tema, ver: “Reconhece-se que, tanto quanto a ilegitimidade, o reconhecimento de ausência de interesse processual, por desnecessidade da tutela jurisdicional, produz efeito substancial. Também parece perfeitamente razoável aceitar-se certo grau de imutabilidade a esse efeito – o que não significa, todavia, admitir tenha havido julgamento de mérito. Decidir pela inexistência de crise não é o mesmo que resolver a crise.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 309).

<sup>392</sup> “Daí não se extraia, porém, a impossibilidade de se incluírem esses dois fenômenos em uma categoria mais ampla, a dos requisitos para o pronunciamento de mérito. E isso porque tanto a ausência de pressuposto processual como a falta de ‘condições da ação’ impedirá o Estado-juiz de prover sobre o mérito da causa (isto é, sobre o objeto do processo).” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *Será o fim da categoria “condição da ação”?* Uma resposta a Fredie Didier Júnior, cit., p. 269).

<sup>393</sup> Em sentido contrário: “A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 219).

<sup>394</sup> Ricardo Aprigliano utiliza o critério temporal para sustentar que o reconhecimento das condições da ação deveria se dar apenas na fase postulatória, no momento em que o juiz despachar a petição inicial em exame *in statu assertionis*. Depois dessa fase, o julgamento será necessariamente de mérito (APRIGLIANO, Ricardo de

Dessa forma, o juízo de valor feito pelo magistrado é sempre concreto, sendo utópica a expectativa de uma atividade abstrata do juiz, como se ele pudesse tornar equidistante o direito afirmado do direito substancial, para não contaminá-lo, ou pior, como se o juiz, diante da inicial, conseguisse imaginar só como seria a hipótese diante do ordenamento, mas sem estar efetivamente tratando do que consta da realidade demandada.

Com efeito, qualquer cognição judicial sobre as hipóteses de condições da ação não deve ser considerada em tese, mas sim exauriente, já que exercida com base em elementos concretos trazidos pelo autor – em afirmações ou documentos –, cuja análise gera, inclusive, efeito preclusivo.

Assim, tendo em vista as premissas adotadas sobre cada condição da ação acima analisada, poderia se adotar o seguinte procedimento: se a cognição judicial recair sobre a possibilidade jurídica do pedido ou sobre a legitimidade ordinária, o juiz, caso não entenda se tratar de questão meritória, a ponto de julgar liminarmente improcedente o pedido, poderá citar o réu para manifestação e, após o contraditório, extinguir o feito com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC, com todos os efeitos de definitividade daí inerentes, inclusive com possibilidade de ajuizamento de ação rescisória<sup>395</sup>. Isso porque o réu pode contribuir de maneira decisiva para a tomada de decisão do juiz, trazendo dados relevantes da relação jurídica material, capazes de definir a lide de forma decisiva e segura.

Porém, caso se trate de questão atinente à legitimidade extraordinária ou de interesse processual, o juiz deve oportunizar à parte sanar o eventual defeito, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do feito, ou seja, sem o fazer de plano. Tem-se, nesse caso, inclusive uma limitação do poder judicial, cuja atuação de ofício prevista no artigo 267, parágrafo 3º, do CPC não dispensará a ampla defesa, até porque não se confundem. Nesse sentido, aliás, caminha o Projeto de Novo CPC.<sup>396</sup>

Com isso, exclui-se a possibilidade de o juiz, com fundamento na teoria da asserção, fulminar de ofício o processo, sem que antes outros cominhos sejam tentados e oportunizados, especialmente o do contraditório.

Ora, pelo sistema atual, em que se aceita a teoria da asserção, o magistrado, ao identificar a falta de uma das condições da ação na petição inicial, pode simplesmente

---

Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 80).

<sup>395</sup> “Não é temerária, portanto, a atribuição da coisa julgada material à sentença de carência, impedindo a propositura da mesma demanda. Em contrapartida, deve-se admitir a rescisão dessa sentença.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 356).

<sup>396</sup> “Art. 318. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

extinguir de plano o feito, sem o exame do mérito. Isso não traz qualquer benefício ao autor, que não vê a lide resolvida e ainda terá de ajuizar nova demanda, caso queira insistir na discussão judicial, gerando, inclusive, custos. Por outro lado, essa situação ainda causa insegurança ao réu, que pode ser acionado novamente a qualquer tempo pelo autor. Por fim, isso não traz a devida utilidade à máquina judiciária, que mesmo tendo gasto tempo e energia com os serviços prestados, terá desperdiçado a oportunidade de pacificar um conflito.

Como se vê, a extinção anômala do processo em razão da ausência de uma das condições da ação produz efeitos graves<sup>397</sup>, cujas consequências não se justificam.

Desse modo, se o motivo da existência das condições da ação reside nos princípios de celeridade e economia processual, ou seja, para evitar que o processo se desenvolva sem os referidos requisitos de admissibilidade do exame do mérito, o que se tem na prática é o efeito contrário e o desperdício de uma atividade judicial iniciada e não concluída, ao menos de forma eficiente.

Por fim, resta uma palavra em relação ao artigo 268 do CPC que, em alguns casos de extinção do processo sem resolução de mérito, permite ao autor intentar de novo a ação.<sup>398</sup>

Esse dispositivo não deve ser utilizado como critério para definir se uma questão possui natureza processual ou meritória, nem mesmo no atual sistema processual, que considera as três condições da ação como requisitos de admissibilidade do exame de mérito.

Isso porque o artigo 268 do CPC, ao permitir que o autor intente nova ação nos casos de extinção, inclusive por carência de ação, estabelece uma expectativa lógica e jurídica de que o autor irá suprir a condição faltante identificada pelo magistrado, para que o feito possa dessa vez prosseguir sem a objeção anterior. Não se espera que o autor intente outra demanda com os mesmos defeitos da anterior. Aliás, a doutrina e a jurisprudência<sup>399</sup> já reconhecem a

---

<sup>397</sup> José Miguel Medina assevera que a extinção pela falta de uma condição da ação é mais grave do que a improcedência, pois declara que a ação sequer poderia ter sido proposta. Quanto à exclusão da possibilidade jurídica do pedido das condições da ação prevista no novo CPC, o autor interpreta que se o pedido for considerado juridicamente impossível, a hipótese será de improcedência liminar do pedido (MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 252-253).

<sup>398</sup> Gerson Amaro de Souza, ao se referir ao artigo 268 do CPC e à possibilidade de renovação da ação, relaciona os casos impeditivos definitivamente dou casos impeditivos circunstancialmente (SOUZA, Gerson Amaro de. *Extinção do processo sem julgamento de mérito e a impossibilidade de renovação da ação*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 58, n. 394, p. 36-38, ago. 2010).

<sup>399</sup> “Recurso Especial - Negativa de prestação jurisdicional - Ausência de demonstração - Fundamentação deficiente - Incidência da Súmula 284/STF - Artigos 115, do Código Civil, 4º, 6º, 51, I e 54, do Código de Defesa do Consumidor - Prequestionamento - Ausência - Aplicação da Súmula 211/STJ - Coisa julgada - Ação anterior extinta, acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* - Repropositura da ação - Admissibilidade, desde que saneada a questão que ensejou a extinção anterior - Precedentes - Inexistência de correção, na hipótese - Entendimento obtido pela interpretação de conteúdo probatório - Incidência da SÚMULA 7/STJ - Recurso especial improvido. [...] III - *A extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa ad causam, faz coisa julgada formal, impedindo a discussão da questão no mesmo*

necessidade de preenchimento da condição faltante para que o autor possa propor nova ação. E no mesmo sentido é a previsão do Projeto de Novo CPC<sup>400</sup>, esclarecendo de vez a intenção legislativa.

Dessa forma, no que tange especificamente às condições da ação, qualquer modificação do vício reconhecido pelo juiz tratar-se-á de nova demanda, que não se identificará com a trilogia da ação inicial – partes, causa de pedir e pedido.<sup>401</sup>

Por sua vez, o fato de haver necessidade de correção do vício para propor nova demanda não faz com que a sentença de carência de ação fique acobertada pela coisa julgada material<sup>402</sup>, pois o que define o tipo de imutabilidade da decisão é a natureza da questão apreciada, sendo que se for processual, fará coisa julgada formal e terá efeitos apenas endoprocessuais, enquanto que se for de mérito, fará coisa julgada material e dela decorrerão todos os efeitos extraprocessuais correspondentes.

Nesses termos, dá-se mais cientificidade aos institutos e maior coerência ao seu tratamento.

#### 3.4.4 Condições da ação e ordem pública processual

A exclusão das condições da ação do rol de questões relacionadas ao juízo de admissibilidade do julgamento do mérito traz importantes consequências para o processo, especialmente no que se refere à ordem pública processual.

Isso porque as condições da ação sempre foram consideradas questões de ordem pública, tendo como principais consequências o fato de poderem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição.

---

*processo, mas não em outro feito, desde que a parte autora promova o saneamento da condição que ensejou a extinção da demanda anterior. Inexistência, na espécie, de correção. Precedentes. IV - Recurso especial improvido.” (STJ – REsp n. 897.739/RS, 3ª Turma, rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.05.2011, DJe, de 18.05.2011 – nosso grifo).*

<sup>400</sup> “Art. 496. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 495, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à extinção do processo sem resolução do mérito.”

<sup>401</sup> Entendendo que o preenchimento da condição faltante implica em lide diversa, ver: MUSSI, Breno Moreira, *As condições da ação e a coisa julgada*, cit., p. 41.

<sup>402</sup> Em sentido contrário: “Costuma-se dizer que a sentença de carência de ação não pode ficar acobertada pela coisa julgada material, pois o autor, após ‘consertar’ o erro, ou em razão da superveniência de novo fato, teria o direito de repropor a demanda. Sucede que se o defeito for corrigido, mesma demanda não será; somente se pode falar de repropositura se a nova propositura se der nos mesmos termos da anterior. Corrigir e propor de outra forma não é repropor, é propor algo novo.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 220).

Assim, com a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade ordinária pertencendo ao mérito, o provimento judicial sobre essas questões fará coisa julgada material, em qualquer fase do procedimento, inclusive se reconhecidas na própria petição inicial, caso em que deveria ocorrer o julgamento de improcedência liminar do pedido<sup>403</sup>, passível, inclusive, de ação rescisória.

São, pois, dois obstáculos a menos para dificultar a obtenção de um resultado judicial que seja considerado de mérito, com todos os efeitos daí decorrentes, implicando em importante simplificação do sistema processual, já que especialmente a questão da legitimidade ainda gera inúmeras sentenças terminativas, ainda que a cognição adentre de forma integral no direito material.

Em relação à legitimidade extraordinária, situação em que a lei, diante do tipo de direito material controvertido, confere excepcionalmente a alguém autorização para defender em juízo direito de outrem, trata-se inegavelmente de questão formal, relativa à capacidade processual, cujo defeito impede o regular e válido desenvolvimento do processo, ensejando o indeferimento da inicial e a extinção do feito sem a resolução do mérito.

Do mesmo modo, o interesse processual, identificado pela necessidade de provocação do Poder Judiciário para a resolução da controvérsia, por meio da demonstração de motivos legítimos que justifiquem a movimentação da máquina judiciária, visando a um benefício efetivo para o autor, também não se identifica com a ação e, por essa razão, não pode constituir uma de suas condições. Trata-se, na verdade, de um requisito para o exercício da jurisdição, devendo ser qualificado como pressuposto processual ligado ao interesse do Estado.

Portanto, as duas últimas questões, legitimidade extraordinária e interesse processual devem ser analisadas como pressupostos processuais, cujas consequências para a ordem pública serão oportunamente estudadas, adiantando-se, somente, que o juiz deve tentar a todo custo salvar o processo, oportunizando à parte a correção do vício eventualmente identificado.

### **3.5 Ordem pública processual e pressupostos processuais**

---

<sup>403</sup> Rodrigo de Lucca, apesar de considerar também o interesse de agir como questão de mérito, assevera: “Sendo assim, o legislador pátrio poderia dar mais um salto em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados contra o abuso do exercício de ação, atribuindo ao conhecimento das condições da ação natureza de resolução liminar do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor. Tal medida garantiria a efetiva prestação jurisdicional e eliminaria processos cujo seguimento é desnecessário.” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 188, p. 98, out. 2010).

### 3.5.1 Função dos pressupostos processuais

Para que o processo possa atingir seu objetivo, que é a emissão de um provimento jurisdicional, exige-se a presença de alguns requisitos, que são verificados a partir da petição inicial e durante todo o procedimento.

A função dessas exigências é assegurar o cumprimento de normas constitucionais e processuais que dão legitimidade e segurança jurídica à tutela jurisdicional, tanto na perspectiva do Estado, como na dos jurisdicionados<sup>404</sup>. Como se vê, cuida-se da cláusula do devido processo legal em sua atuação dinâmica dentro do processo.

Trata-se, pois, de um filtro contra postulações formalmente inviáveis ou contra a presença de graves defeitos processuais, constituindo, assim, uma espécie de “passaporte em ordem” para se prosseguir no desenvolvimento regular do processo.<sup>405</sup>

Os pressupostos processuais<sup>406</sup>, ao lado das condições da ação<sup>407</sup>, constituem os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional e devem ser apreciados como preliminares em momento antecedente ao exame do mérito. Não obstante, devem ser observados desde a petição inicial e, a partir daí, em todos os atos subsequentes do procedimento.

Na ausência de um dos pressupostos do ato ou do procedimento, o processo fica maculado, gerando consequências que vão desde o indeferimento da petição inicial, até a extinção anômala do feito. Na verdade, entre a rejeição da inicial e a extinção existe uma graduação de possíveis efeitos processuais que permitem a regularização do defeito identificado.

Em razão de sua importância para o processo, os pressupostos processuais são considerados questões de ordem pública, que devem ser conhecidas pelo juiz na primeira oportunidade, sem prejuízo de serem alegadas pelas partes.

---

<sup>404</sup> Asseverando que controle do interesse público de um pressuposto processual ocorre não só quando visa a proteger normas que concernem à constituição do Estado, mas também quando o pressuposto for capaz de influir no resultado final do processo ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3, p. 326.

<sup>405</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 89.

<sup>406</sup> “Costuma-se falar em pressupostos de existência e de validade. A terminologia merece uma correção técnica. *Pressuposto* é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável à sua existência jurídica; *requisito* é tudo quanto integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade, como já foi visto no primeiro capítulo. Assim, é mais técnico falar em *requisitos de validade*, em vez de ‘*pressupostos de validade*’. ‘Pressupostos processuais’ é denominação que se deveria reservar apenas aos *pressupostos de existência*.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 105).

Ademais, a ausência desses requisitos deve ser a todo custo superada, mediante a utilização das variadas técnicas processuais disponíveis, possibilitando o regular desenvolvimento do processo e a entrega da prestação jurisdicional.

Deixe-se assente que não é objetivo deste trabalho exaurir a análise dos pressupostos processuais individualmente considerados, mas tratar de forma abrangente a importância que cada categoria representa para a relação jurídica processual.

Dito isso, tem-se que os pressupostos processuais<sup>408</sup>, embora possuam inevitável relevância como garantia de interesses do Estado e também das partes, e que por isso são considerados questões de ordem pública, não devem constituir obstáculos capazes de se sobrepor à relevância do próprio processo, sendo, pois, meio, e não fim.

Portanto, o presente estudo fará uma abordagem do desenvolvimento dos pressupostos processuais em nosso ordenamento jurídico, para depois interpretá-los de um modo mais contemporâneo, extraindo daí as consequências do instituto para o processo.

### 3.5.2 Esboço evolutivo dos pressupostos processuais

A história dos pressupostos processuais se confunde com a própria autonomia do processo como categoria autônoma do direito material.<sup>409</sup>

O marco histórico do assunto se deve a Oscar von Bülow, que em obra datada do ano de 1868, trouxe uma das maiores contribuições para a ciência processual civil porque conseguiu demonstrar a existência de uma relação jurídica distinta da relação jurídica

---

<sup>407</sup> É estranha à doutrina estrangeira a distinção entre pressupostos processuais e condições da ação, não havendo referência a pressupostos de existência e de validade (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 190).

<sup>408</sup> “Por isso, conclui-se serem os pressupostos processuais exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica – ou, em outras palavras, que ele represente método equo e justo de solução de controvérsias.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 188).

<sup>409</sup> “A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desenvolvimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.” (BÜLOW, Oscar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN, 2005. p. 6-7).

substancial, diferenciando as exceções processuais dos pressupostos processuais, o que ensejou relevantes efeitos para o processo.

Com isso, identificou-se então a categoria autônoma dos pressupostos processuais, como requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional.

Os pressupostos processuais atuam no processo como um controle de vícios capazes de comprometer a regularidade do procedimento e a correção da prestação jurisdicional. Eles conferem ordem e garantem o atendimento das garantias constitucionais processuais, atendendo ao que se espera de um processo justo.

Os pressupostos processuais se prestam tanto a atender aos interesses do Estado, como garantia da própria atividade jurisdicional, como também aos interesses das partes, proporcionando a adequada e efetiva participação no processo e na solução do litígio.

Como se vê, trata-se de relevante mecanismo de proteção dos sujeitos processuais e da jurisdição.

A doutrina brasileira tem apresentado diferentes critérios para identificar e classificar os pressupostos processuais.<sup>410</sup>

Quanto à identificação dos pressupostos processuais, é comum vê-los associados às suas consequências, como o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, e capaz de implicar na extinção anômala do processo.

Contudo, não parece ser uma boa técnica, já que os requisitos processuais devem ser avaliados pela sua função, e não por suas consequências jurídicas.

Por sua vez, há grande divergência quanto à classificação dos pressupostos processuais, devido aos seus aspectos bastante heterogêneos. Fala-se em pressupostos: de existência e de validade; objetivos e subjetivos; positivos e negativos. Além disso, há subclassificações que não convém arrolar no bojo deste estudo.<sup>411</sup>

Podem se relacionar com o ato, com o procedimento, com o recurso.

---

<sup>410</sup> Também sobre o tema, não se pode deixar de mencionar o posicionamento de vanguarda de Marinoni, para quem os pressupostos processuais, na verdade, não têm relação nem com a existência e nem com a validade do processo, mas sim com a sua substância, ou melhor, com o mérito ou com o pedido de tutela jurisdicional do direito. Segundo o autor, hoje os pressupostos processuais têm por finalidade a proteção, conforme o caso, do interesse público, do autor e do réu, destacando que a ausência dos referidos requisitos só impede o julgamento do mérito quando forem instituídos em favor do interesse público, como é o caso da incompetência absoluta e da falta de impedimento do juiz, uma vez que relacionados ao interesse do Estado em prestar a jurisdição de forma adequada e proba. Por fim, assevera que os pressupostos processuais, de acordo com suas funções – que são as de proteger interesse público e das partes – e com os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à duração razoável do processo, sendo a teoria da relação jurídica processual e da categoria dos pressupostos processuais incapazes de expressar o significado do processo jurisdicional no Estado constitucional (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 467-481).

<sup>411</sup> Sobre a falta de uniformidade na enumeração e classificação dos pressupostos processuais, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 85.



São geralmente identificados na doutrina – com algumas variações – como investidura, competência, imparcialidade, capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória, petição inicial apta, citação válida e regularidade do procedimento, litispendência, perempção, coisa julgada e compromisso arbitral.

Entretanto, o critério de classificação que se adota neste trabalho refere-se ao tipo de valor protegido por cada requisito de admissibilidade, graduando-os de acordo com os interesses envolvidos, sendo que cada categoria está diretamente relacionada ao grau de indisponibilidade processual, independentemente de beneficiar primariamente o Estado ou as partes.

Assim, os pressupostos processuais podem ser divididos em três categorias preponderantes de valores: de interesse público absoluto, de interesse público relativo e de interesse privado.

Além disso, esses tipos de interesses, na estrutura processual, são utilizados como técnicas de controle e proteção da atividade jurisdicional e das partes, por meio das questões de ordem pública.

Dessa forma, os pressupostos processuais podem ser divididos em três espécies distintas: a) questões de ordem pública, cujas hipóteses são taxativas, em que impera um grau elevado de interesse público na proteção do Estado ou dos sujeitos processuais, ensejando a indisponibilidade processual; b) questões de interesse público, que podem ser superadas de acordo com a dinâmica da política legislativa ou judiciária; c) questões disponíveis, que em sua maioria atuam em benefício das partes e que podem ser superadas diante do grau de disponibilidade processual.

Portanto, cada uma dessas categorias será analisada de modo mais específico, de acordo com as características e efeitos processuais correspondentes.

### **3.6 Pressupostos processuais como questões de ordem pública**

Algumas questões processuais são dotadas de elevado grau de interesse público, visando à proteção do Estado ou das partes. Por isso, se tornam absolutamente indisponíveis pelos sujeitos, merecendo um tratamento diferenciado.

Podem ser consideradas as verdadeiras questões de ordem pública, justificando todos os graves efeitos processuais daí inerentes, como o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, podendo ensejar desde o indeferimento da inicial, até a extinção do feito sem

resolução de mérito, bem como a declaração de nulidade absoluta, sem possibilidade de superação.

### 3.6.1 Existência de órgão estatal investido de jurisdição

Inicialmente, a doutrina menciona como pressuposto processual a jurisdição. Contudo, não é a jurisdição que deve ser considerada pressuposto processual, mas sim a existência de um órgão estatal investido de jurisdição.

Isso porque a jurisdição<sup>412</sup> é “com a administração e a legislação, forma de exercício da *soberania* estatal”<sup>413</sup>.

Assim, em sendo a jurisdição uma atividade estatal atribuída pela Constituição e geralmente confiada ao Poder Judiciário, visando a eliminar a lide pela declaração, aplicação ou realização do direito, a sua natureza de função pública não pode ser confundida com um dos pressupostos processuais.

Na realidade, é a existência de um órgão estatal investido de jurisdição<sup>414</sup>, ou seja, um juiz regularmente investido no cargo e que se encontre em efetivo exercício, que constitui um pressuposto processual.

Nesse passo, exige-se para o exercício da jurisdição que o juiz esteja no efetivo exercício do cargo, não podendo, portanto, estar de licença, de férias, aposentado, em disponibilidade, ou em qualquer outra forma de afastamento.

Ressalte-se, ainda, que o vício na investidura ou no regular exercício do juiz enseja necessariamente a nulidade do processo, e nem mesmo a teoria do funcionário de fato poderia acobertar atos praticados por servidor irregularmente investido no cargo ou em seu exercício.<sup>415</sup>

Portanto, é pressuposto processual que o ato jurisdicional seja praticado por juiz devidamente investido no cargo e que esteja em seu regular exercício. Sem esses dois requisitos, o ato judicial fica maculado.

<sup>412</sup> “É no conceito de jurisdição que se encontram a juridicidade do Estado e a politicidade do Direito. Nela se reúne a problemática da ordem e a da hermenêutica, em função do entendimento das normas e da presença dos *poderes* estatais.” (SALDANHA, Nelson. *Ordem política: direito e Estado*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 113, p. 28, jan./mar. 1992).

<sup>413</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil. 14. ed. atual. inclusive em face da Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

<sup>414</sup> Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 86.

<sup>415</sup> Em sentido contrário: GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*: introdução do direito processual civil, cit., v. 1, p. 330-331.

Trata-se, pois, de requisito indispensável ao processo, que nem o Estado e nem as partes podem dispor, de modo a afastar qualquer tentativa de superação.

Ressalte-se, por fim, que esse requisito é considerado por parte da doutrina como pressuposto de existência do processo<sup>416</sup>, uma vez que o processo se inicia com a propositura da demanda dirigida a um órgão estatal investido de jurisdição, de modo que o ajuizamento de uma petição inicial a órgão sem essa qualidade não faria nascer uma relação jurídica processual.<sup>417</sup>

Embora a tese sobre a inexistência de ato processual não seja aceita neste trabalho, especialmente porque, por mais grave que seja o vício, ele possui o potencial de produzir efeitos, a falta de órgão estatal investido de jurisdição é tão grave que não se convalida nem mesmo com o advento da coisa julgada, sendo possível a declaração de nulidade inclusive após o decurso do prazo para a interposição de rescisória.

### 3.6.2 Impedimento do juiz

Sabe-se que a imparcialidade e a independência do juiz<sup>418</sup> constituem garantias fundamentais do processo, de natureza constitucional, em benefício das partes e do próprio juiz.

Assim, o juiz deve ser inerte em relação à provocação da jurisdição<sup>419-420</sup> – como regra geral – e neutro quanto às partes e o resultado do processo, e também não deve julgar sob qualquer tipo de pressão política, econômica ou social capaz de influenciar o seu convencimento.

Essas circunstâncias externas e internas, dentro do processo se traduzem em duas figuras: o impedimento e a suspeição (arts. 134 e 135 do CPC).

<sup>416</sup> Nesse sentido: PEDRA, Adriano Sant’Ana. Processo e pressupostos processuais. *Revista da AGU*, Brasília, Advocacia-Geral da União, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, ano 6, n. 14, p. 93, dez. 2007.

<sup>417</sup> “Talvez o único pressuposto real de existência seja a *investidura do órgão jurisdicional*. Os demais são necessários ao julgamento do mérito, e sua ausência determina a extinção de processo existente.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 216-217).

<sup>418</sup> Essas garantias estão expressas inclusive no Artigo X da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014).

<sup>419</sup> “Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. [...] Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>420</sup> NCPC: “Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

Neste momento será analisado apenas o impedimento, cujas características são próprias de uma questão de ordem pública absoluta, possuindo a suspeição um regime jurídico diferenciado.

O impedimento está disciplinado no artigo 134 do CPC<sup>421-422</sup> e estabelece as circunstâncias em que o juiz, por sua vinculação com as partes ou relação com o próprio conflito, não pode atuar no processo. Na realidade, trata-se de um princípio implícito na Constituição de 1988, vinculado às denominadas garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos).<sup>423</sup>

As causas de impedimento decorrem de situações objetivamente consideradas e que geram uma presunção absoluta de parcialidade do juiz para o exercício da jurisdição, de modo que a infringência de qualquer de suas hipóteses ocasiona vício considerado gravíssimo para a relação processual.

O magistrado deve indicar a causa de impedimento, inclusive de ofício, do mesmo modo que também cumpre à parte interessada alegar o vício, na primeira oportunidade, apesar de não estar sujeito à preclusão.

---

<sup>421</sup> “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

<sup>422</sup> NCPC: “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido qualquer decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no feito ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica parte na causa; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços. VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório. § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o advogado, defensor público ou membro do Ministério Público já integrava a causa antes do início da atividade judicante do magistrado. § 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz. § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo.”

<sup>423</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 57.

Esse pressuposto processual é uma questão de ordem pública absoluta e intransponível, uma vez que não pode ser remediado, ensejando a nulidade absoluta dos atos. Não obstante, trata-se de vício que pode ser alegado a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive em sede de recursos excepcionais, e ainda é hipótese capaz de desconstituir a coisa julgada formada na sentença pelo ajuizamento de ação rescisória, na forma do artigo 485, II, do CPC.<sup>424</sup>

Portanto, a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz são defeitos agudos e que merecem um tratamento processual compatível com a gravidade considerada dentro do sistema processual, que por sinal é atemporal, não variando de acordo com o tempo e espaço em que é analisada e nem por razão de política legislativa ou judiciária.

### 3.7 Pressupostos processuais como questões de interesse público

Nesta categoria reside o maior número de hipóteses processuais.

As questões de interesse público são identificadas pela sua relevância para o sistema processual, especialmente para garantir um equilíbrio entre os sujeitos processuais.

No entanto, são questões que, embora sejam importantes para o processo, não são intransponíveis, existindo variados graus de interesse público e, por conseguinte, de consequências processuais.<sup>425</sup>

Além disso, nessa categoria estão questões que podem ser arguidas de ofício pelo juiz e outras que dependem da parte para que sejam inseridas no processo, embora todas sejam de grande relevância e, uma vez reconhecidas, causam efeitos graves.

Não obstante, as questões de interesse público devem ser avaliadas concretamente, uma vez que seus efeitos processuais dependerão do tipo de vício e da extensão do prejuízo que são capazes de causar.

São requisitos, portanto, que podem ser graduados, gerando uma repercussão que deve ser proporcional à sua importância para o processo.

---

<sup>424</sup> “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; [...]”

<sup>425</sup> “A tarefa de distinguir quais normas são de *interesse público* das que são dispositivas não é das mais fáceis. Como regra geral, são de ‘ordem pública’ as normas processuais que têm, em primeiro plano, o escopo de assegurar o *correto exercício da jurisdição* e apenas indireta ou secundariamente têm a atenção centrada nos interesses das partes conflitantes. Esse é o caso, por exemplo, dos já mencionados *pressupostos para o provimento sobre o mérito*, pois são pré-requisitos para que o Estado possa julgar a controvérsia de direito material apresentada em juízo, de modo a pacificar as partes com justiça. Logo, é nítida a vinculação entre a correta análise dos requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito e o bom exercício da jurisdição.” (FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, RS, v. 4, n. 21, p. 102, nov./dez. 2007).

Sendo assim, as questões de interesse público demandam uma apreciação cautelosa pelo magistrado, no sentido de tentar afastar sempre que possível os vícios processuais, permitindo o alcance de um pronunciamento de mérito. Em outros termos, deve-se procurar salvar ao máximo o processo dos defeitos encontrados, para que ele cumpra a sua finalidade de entrega de uma prestação jurisdicional completa, com a resolução do mérito.

Dessa forma, o tratamento das questões de interesse público deve sofrer todas as influências, não só do princípio da instrumentalidade, mas também de outras técnicas processuais contemporâneas, que primam por uma solução mais adequada de superação de vícios, na medida dos interesses envolvidos e do prejuízo causado.

Ademais, esta categoria se diferencia das questões de ordem pública, no que tange às extensões qualitativa, quantitativa e temporal.

Explica-se. Conforme foi visto, as questões de ordem pública são aquelas consideradas gravíssimas para o processo e que por isso geram consequências sérias e insuperáveis. Por sua vez, possuem um rol definido de hipóteses, que não variam de acordo com o tempo e espaço em que são analisadas.

Já as questões de interesse público não causam defeitos absolutamente agudos no sistema processual e por isso sofrem limitações de efeitos, que passam a ser proporcionais à sua relevância para o processo.

Ressalte-se, ainda, que as questões de interesse público podem ser criadas, moduladas ou suprimidas de acordo com a política legislativa ou judiciária de ocasião, de modo que seu rol não é taxativo.

Por sua vez, este tipo de questão sofre restrição temporal, pois fica sujeito a alguma forma de preclusão, de acordo com o grau de jurisdição em que é analisado, ou seja, vai perdendo a sua funcionalidade a cada instância ultrapassada.

Portanto, elucidadas as principais diferenças entre as questões de ordem pública e de interesse público, passa-se à análise das principais hipóteses destas últimas.

### 3.7.1 Competência absoluta

A competência de um órgão jurisdicional diz respeito à parcela de poder que lhe é conferida por lei, em razão de diferentes critérios de distribuição de processos, atendendo ao interesse público de administração da Justiça e também a interesses particulares, relacionados à melhor condição de defesa.

Fala-se em incompetência absoluta<sup>426</sup> do juízo quando o motivo de sua delimitação se der por razões de interesse público, o que retiraria qualquer disponibilidade das partes e ainda permitiria o reconhecimento de ofício pelo juiz, em qualquer grau de jurisdição<sup>427</sup>, causando a nulidade dos atos decisórios proferidos pelo juiz, sendo, inclusive, causa de rescisão da sentença, nos termos do artigo 485, II, do CPC.

Mas diante dessas graves consequências, como considerar a competência absoluta uma questão de interesse público e não de ordem pública?

A resposta está no grau de indisponibilidade da questão no âmbito processual e na possibilidade de superação do referido requisito de admissibilidade do exame de mérito.

Explico. As questões de ordem pública são aquelas que ensejam uma total indisponibilidade pelos sujeitos processuais, permitindo a arguição em qualquer grau de jurisdição, diante da gravidade que lhe é imputada pelo ordenamento jurídico.

Contudo, a irregularidade concernente à competência absoluta tem essas características limitadas pela lei e também por questões de política legislativa e judiciária.

A limitação legal está prevista no artigo 113, parágrafo 2º, do CPC<sup>428</sup>, que estabelece a declaração de nulidade apenas dos atos decisórios, permitindo a continuidade do procedimento, com a remessa dos autos ao juízo competente. Essa possibilidade de regularização conferida pela própria lei faz com que o instituto da competência absoluta tenha consequências mais brandas, sem macular de modo drástico o processo.

Ademais, uma vez remetido o feito ao juízo competente, é possível a ratificação dos atos decisórios pelo juiz correto, sem maiores prejuízos para a jurisdição ou para as partes.

---

<sup>426</sup> A competência absoluta pode se dar em razão dos seguintes critérios: em razão da matéria, em razão da pessoa, em razão do valor, pela situação do imóvel e funcional (CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*, cit., p. 99-102).

<sup>427</sup> “Direito processual civil. Competência material. Matéria de ordem pública. Inexistência de preclusão. Pedido de intervenção de empresa pública da administração indireta da União. Caixa Econômica Federal. Competência da Justiça Federal para apreciar o interesse jurídico da União. Súmula 150/STJ. 1. Consoante enunciado da Súmula 150/STJ: ‘Compete a justiça federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da união, suas autarquias ou empresas publicas.’ 2. A Justiça Estadual não é competente para decidir acerca do interesse jurídico da CEF na demanda, sendo nula, portanto, decisão que indeferiu a sua intervenção no feito, pois apenas a Justiça Federal é competente para analisar o interesse jurídico da empresa pública federal, nos termos do art. 109, I, CR/88. 3. *Tratando-se de matéria referente à competência absoluta, não há preclusão, pois envolve questão de ordem pública, sendo possível reapreciar a decisão anterior que apreciou o interesse jurídico da empresa pública federal no feito.*” (AI n. 1070210062466-8/002, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Cabral da Silva, j. 04.09.2012).

<sup>428</sup> “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. § 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas. § 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.”

Por sua vez, as alterações de competência podem ocorrer por motivo de política legislativa ou judiciária, o que indica que a indisponibilidade da matéria não é absoluta, mas sim relativa, diante de possíveis limitações temporais.

Foi o que ocorreu na época da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alterou e ampliou a competência da Justiça do Trabalho, para processar e julgar as demandas oriundas da relação de trabalho (art. 114, I, da CF).

Surgiu então a dúvida se tal competência também incluiria as ações de indenização por danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente de trabalho, ou se a competência seria da Justiça Comum. Após ampla discussão do assunto no Supremo Tribunal Federal, foi aprovada a Súmula n. 22, em 2009<sup>429</sup>, atribuindo à Justiça do Trabalho a referida competência, inclusive das ações que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Ocorre que, até a aprovação da referida Súmula, pairava uma absoluta insegurança jurídica nos tribunais pátrios, sendo que os processos eram remetidos e/ou devolvidos entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum, causando inúmeros prejuízos à razoável duração do processo e à própria administração da Justiça. E entre o marco temporal da Emenda Constitucional n. 45/2004 e a Súmula n. 22 de 2009, diversas ações foram julgadas pela Justiça Comum, ou seja, seriam casos típicos de incompetência absoluta em razão da matéria.

Sendo assim, o Tribunal Superior do Trabalho<sup>430</sup> acabou modulando os efeitos desse enunciado, no sentido de que a alteração de competência só se efetivaria se ainda não tivesse sido proferida a sentença de primeiro grau, caso em que a competência permaneceria com a Justiça Comum.

Com isso, os feitos ainda em fase inicial ou instrutória foram remetidos à Justiça do Trabalho, com o prosseguimento regular do feito.

---

<sup>429</sup> Súmula Vinculante n. 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.” (Data de aprovação: Sessão Plenária de 02.12.2009, *DJe*, de 11.12.2009).

<sup>430</sup> “Recursos de revista - Danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho - Ação ajuizada perante a Justiça Comum e objeto de decisão em primeiro grau de jurisdição - Competência da Justiça do Trabalho - Inexistência - Postulado da segurança jurídica - Súmula Vinculante nº 22 do STF. Nos termos da Súmula Vinculante nº 22 do STF, a Justiça do Trabalho afigura-se competente para julgar as pretensões envolvendo o pagamento de indenização pelos danos morais e materiais oriundos de acidente de trabalho, ainda que a ação tenha sido ajuizada na Justiça Comum, desde que não tenha sido objeto de sentença em primeiro grau de jurisdição. Assim, se já houve a referida decisão, esta Justiça Especial não se afigura competente para examinar a demanda, sob pena de se vilipendiar o postulado da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da Constituição da República), que deve reger a vida em sociedade. Precedentes deste Tribunal. Recursos de revista conhecidos e providos.” (TST – RR n. 9950700-83.2005.5.09.0021, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 06.10.2010, p. 15.10.2010).



Como se observa, trata-se de solução dada por razão de política judiciária, cujo interesse público é variável de acordo com o tempo e espaço em que é analisado, e que por isso não possui caráter intransponível.

Assim, não se justifica dar ao instituto da competência absoluta consequências processuais maiores do que o próprio ordenamento atribui. É claro que a questão poderá ser suscitada durante o procedimento e até o trânsito em julgado. Contudo, eventual vício dessa natureza ficará sepultado com o trânsito em julgado e não poderá ser objeto de ação rescisória.

Portanto, a competência absoluta enquadra-se na categoria de questão de interesse público.

### 3.7.2 Demanda

O direito de demandar é materializado na petição inicial, que é um ato processual responsável por provocar o órgão jurisdicional e iniciar a relação jurídica processual. Trata-se, pois, de pressuposto de existência do processo, pois somente a partir dela é que o processo se inicia, bem como o exercício da atividade jurisdicional.

Para que tenha validade, a petição inicial precisa estar apta, no sentido de que deve preencher alguns requisitos legais, previstos como regra geral nos artigos 282 e 283 do CPC.

Esses requisitos dizem respeito à competência, às informações básicas sobre a identificação das partes, os fatos e os fundamentos jurídicos da pretensão, o pedido, valor da causa, provas necessárias à comprovação dos fatos alegados, requerimento de citação do réu e apresentação dos documentos indispensáveis à propositura da ação.

Como se observa, são requisitos cujo interesse público primário pode se relacionar tanto com a parte ou com a atividade judiciária, mas que compreendem o rol de hipóteses minimamente necessárias para a validade e o regular desenvolvimento do processo.

Ressalte-se que se a demanda ainda estiver em sua fase inicial de análise pelo juiz, em caso de não atendimento dos requisitos, deve ser oportunizada a emenda, sob pena de declarar o vício e indeferir a exordial, obstando assim a produção de outros efeitos, como a citação do réu. Por sua vez, se a petição inicial já tiver produzido outros efeitos no processo, caberá ao juiz decretar a nulidade do processo, extinguindo o feito sem resolução do mérito.<sup>431</sup>

---

<sup>431</sup> TESHEINER, José Maria Rosa, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 89.

Sendo assim, são considerados questões de interesse público, já que admitem superação processual ou limitação temporal da cognição judicial.

### 3.7.3 Citação

O CPC prevê dois tipos de atos de comunicação processual: a citação e a intimação. São atos que dão ciência da existência e das fases de desenvolvimento processo aos sujeitos processuais, não só para conhecimento, mas também para que possam eventualmente exercer o direito de defesa no feito.

São três as formas de citação: por mandado, por hora certa ou por edital. Não obstante, a Lei n. 11.419/2006 introduziu em nosso sistema processual a citação por meio eletrônico, em que, após a realização do cadastro prévio nesse sistema de autocomunicação, a citação se dá no momento em que a pessoa cadastrada – parte ou advogado – acessa o sítio eletrônico do tribunal e toma conhecimento.

A citação é um dos atos mais importantes do processo e vem regulada nos artigos 213 e seguintes do CPC. É o ato que científica o réu ou o interessado da existência de uma demanda contra si ajuizada e ainda, em regra, o conclama a ingressar e a participar da relação jurídica processual, indicando as advertências decorrentes de sua eventual inércia. Como se observa, há várias consequências decorrentes do ato citatório.

Além disso, a citação válida ainda produz outros efeitos processuais e/ou materiais, previstos no artigo 219 do CPC: a prevenção do juízo, a litispendência, a litigiosidade da coisa, a constituição do devedor em mora e a interrupção da prescrição.

De acordo com o artigo 247 do CPC, as citações devem obedecer às prescrições legais, sob pena de nulidade. Assim, o descumprimento das formalidades inerentes ao ato gera um vício grave e, em princípio, insanável, e que enseja a sua invalidade, bem como dos atos subsequentes. Todavia embora a citação seja considerada um pressuposto processual de validade<sup>432</sup> do processo, a nulidade deste deve estar vinculada ao fato de o ato não ter atingido sua finalidade e à presença de prejuízo à parte.

Por sua vez, a própria lei processual admite que eventual falta ou defeito do ato citatório possa ser convalidado se o réu comparecer espontaneamente no processo, nos termos do artigo 214, parágrafo 1º, do CPC.

---

<sup>432</sup> “A citação não é pressuposto de existência do processo. Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (arts. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe

Não bastasse, há ainda as hipóteses legais de dispensa de citação, como a prevista no artigo 285-A do CPC, caso a matéria seja unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença em outros casos idênticos, a improcedência de plano do pedido pelo juiz, com a reprodução do teor das sentenças anteriores. Como se percebe, nesse último caso, a citação seria ato incapaz de alterar o entendimento do juízo e só concorreria para atrasar uma solução já sedimentada.

Além disso, o artigo 295 do CPC também autoriza a dispensa da citação quando o juiz verificar a possibilidade de indeferir a petição inicial por ausência de requisitos processuais.

Outra situação é quando a citação não ocorre ou então se dá de forma inválida e o réu fica revel no processo, pois aqui o vício não pode ser sanado nem mesmo com o decurso do trânsito em julgado, principalmente se o julgado for contrário ao réu. Nesse caso, a doutrina diverge se a hipótese seria de inexistência<sup>433</sup>, invalidade<sup>434</sup> ou ineficácia<sup>435</sup> da decisão em relação ao réu, apontando diferentes consequências processuais para cada uma.

Dessa forma, para quem entende que seria caso de inexistência, o vício é considerado transrescisório e não se convalida nem mesmo com o tempo, podendo ser alegado mesmo após o prazo da rescisória. Para a doutrina que defende ser caso de nulidade, o defeito ou falta de citação que ensejou a revelia do réu é passível de questionamento pela ação rescisória, dentro do prazo legal, sendo que, após isso, a situação restará consolidada. Por último, para quem sustenta que a hipótese é de ineficácia em relação ao réu revel, o processo não é invalidado, mas não faz coisa julgada e não surte qualquer efeito sobre o referido sujeito processual.

Entretanto, parece que o melhor posicionamento é o de que seria caso de ineficácia em relação ao réu revel, já que não há como desconsiderar os efeitos já produzidos pelo processo, do mesmo modo que não há como dar o vício por superado, em razão de transcurso de prazo da ação rescisória.

---

seguirem.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 169).

<sup>433</sup> “Com efeito, não havendo se estabelecido o contraditório, por ausência de citação, a sentença que vier a ser proferida sem o chamamento do réu nunca transitará em julgado, por ser sentença inexistente, tendo em vista ter sido prolatada no bojo de processo que não se formou juridicamente.” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. *Prequestionamento nas questões de ordem pública. Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4606/prequestionamento-nas-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 15 fev. 2014).

<sup>434</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 61.

<sup>435</sup> É o que afirma José Maria Tesheiner, que ainda acrescenta que se houver litisconsórcio necessário no polo passivo, a ineficácia é absoluta e atinge a todos (TESHEINER, José Maria Rosa, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 85).

Registre-se, por fim, que nem mesmo a previsão legal de nomeação de curador especial prevista no artigo 9º, inciso II, do CPC seria capaz de alterar o resultado supracitado, já que, embora permita o regular desenvolvimento do processo, não poderá ser capaz de suprir a revelia em caso de defeito ou falta de citação, o que só reforça a conclusão pela ineficácia da decisão em relação ao réu.

#### 3.7.4 Capacidade de ser parte

A matéria relativa à capacidade de ser parte em determinado processo não foi disciplinada pelo CPC. Desse modo, é com base nos dispositivos constantes no CC que se verifica o preenchimento dos requisitos para ser parte em determinada demanda.

Com efeito, terá capacidade de ser parte, ou seja, terá aptidão para ser sujeito de relação jurídico-processual, todos aqueles que possuem capacidade de direito. Assim, o atributo da personalidade, pertencente às pessoas naturais e jurídicas, permite que elas tenham capacidade de direito e, portanto, capacidade de “ser parte”.

Assim, a capacidade de ser parte é a aptidão de ser sujeito de uma relação jurídica processual, postulando ou se defendendo, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas. Tal regra, no entanto, não é absoluta, uma vez que os entes despersonalizados mencionados no diploma civil, tais como condomínios, massa falida, dentre outros, também têm capacidade de “ser parte”, ante a autorização legal que lhes é concedida para estar em juízo.

Com efeito, apesar de a capacidade de ser parte coincidir com a personalidade conferida pelo direito material, o próprio direito processual ampliou essa categoria, para facilitar o acesso à justiça, conferindo capacidade de ser parte a outros entes que não possuem personalidade jurídica, mas que passam a ter personalidade judiciária, como é o caso da massa falida, da herança jacente ou vacante e do espólio, previstos no artigo 12 do CPC.

Dessa forma, o rol de personalidades judiciárias foi ampliado pelo ordenamento jurídico pátrio, para possibilitar que outros órgãos e autoridades sem personalidade jurídica própria postulem em juízo, com especial atenção para as demandas ajuizadas pelo Ministério Público.<sup>436</sup>

Ressalte-se que o fato de a capacidade de ser parte se relacionar com a personalidade jurídica conferida pelo direito material, ou seja, com a possibilidade de ser sujeito de direito, não faz como que o instituto seja confundido com a legitimidade para a causa. Isso porque a

---

<sup>436</sup> GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 337.

capacidade de ser parte é atributo genérico relacionado a todo sujeito de direito, enquanto que a legitimidade para a causa é aferível concretamente, de acordo com o direito material em questão.

A falta desse pressuposto processual, ou seja, de capacidade de ser parte, como é o caso do morto e dos animais, torna inválida a demanda, ensejando a extinção do feito sem a resolução do mérito.

### 3.7.5 Capacidade de estar em juízo

Já a capacidade de estar em juízo relaciona-se com a aptidão de exercício ou gozo de atos processuais. Isso porque as pessoas físicas, jurídicas ou entes sem personalidade, para ser parte, podem necessitar de adequada autorização, representação ou assistência para atuar em juízo, de modo a conferir validade aos atos processuais. Trata-se, pois, de requisito relativo à integração da capacidade de ser parte, para que haja a validação dos atos processuais.<sup>437</sup>

Deixe-se assente, que tanto na hipótese de o vício de representação atingir o autor ou o réu, deve ser suspenso o processo e concedida pelo magistrado oportunidade de regularização, sob pena de extinção do processo ou de desentranhamento da peça de defesa e aplicação dos efeitos da revelia, respectivamente, e ainda de exclusão do terceiro do processo que não atender à determinação, nos termos do artigo 13 do CPC.

Não obstante, constatada a irregularidade na capacidade de estar em juízo, há controvérsias se o vício enseja a nulidade absoluta<sup>438</sup> ou se relativa, de acordo com o prejuízo causado à parte atingida pelo defeito de representação. Entretanto, tendo em vista os princípios que informam o processo civil, a segunda corrente atende melhor aos seus propósitos.

---

<sup>437</sup> “A doutrina distingue *capacidade processual* de *legitimidade processual* (*legitimatío ad processum*). A capacidade é a aptidão genérica para a prática dos atos da vida civil. A legitimidade é a capacidade específica para a prática de determinado ato, é a idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora da pela eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade por seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes. É possível que a parte tenha capacidade processual para a generalidade dos casos, mas não a tenha para alguns – faltar-lhe-ia, pois, *legitimidade processual* –, como ocorre com o cônjuge, na hipótese do *caput* do art. 10 do CPC.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 135).

<sup>438</sup> Entendendo se tratar de nulidade absoluta que macula todo o processo, independente de ter causado prejuízo, ver: GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 338. Em sentido contrário, asseverando que esse defeito é sempre sanável: DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 140.

### 3.7.6 Capacidade postulatória

A capacidade postulatória, regulada nos artigos 36 a 40 do CPC, se refere à capacidade técnica exigida para a prática de forma válida de alguns atos processuais, especialmente os atos postulatórios, nestes compreendidos o pedido e a resposta das partes, que são dirigidos ao Estado.

Essa capacidade é em regra conferida aos advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil e que possuam um mandato judicial, outorgado pelo instrumento de procuração, e que deve estabelecer a extensão dos poderes conferidos ao mandatário da parte.

Com efeito, o advogado, por expressa previsão constitucional<sup>439</sup>, é considerado indispensável à administração da Justiça.

No entanto, a lei também confere essa capacidade a outras pessoas que não são advogados, inclusive dispensando o uso de procuração, como aos membros do Ministério Público, os defensores públicos, os procuradores das pessoas jurídicas de direito público que forem funcionários públicos efetivos, os titulares de cargo de procuradores, bem como nas hipóteses previstas do artigo 36 do CPC e a previsão dos juizados especiais cíveis, em causas inferiores a vinte salários mínimos.

Registre-se que há atos processuais que não dependem dessa capacidade específica, como o caso de prestar testemunho, e outros que não podem ser praticados pelos representantes (v.g. depoimento pessoal), ou ainda os que dependem da integração de algum ato da própria parte (v.g. confissão).

Se a prática de atos processuais for exercida por advogado sem procuração e se não houver a sua ratificação, haverá a ineficácia do processo ou do ato, em relação à parte que não outorgou procuração, não podendo se falar em inexistência do ato, como sugerido pelo parágrafo único do artigo 37 do CPC. No entanto, se o ato for praticado por pessoa que não é advogado, será considerado nulo.

Dessa forma, como regra, as partes precisam integrar a sua capacidade para praticar atos processuais por meio de um representante judicial, qual seja, o advogado, sob pena de inadmissibilidade do procedimento, ou então da decretação de invalidade ou de ineficácia do ato.<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

<sup>440</sup> “A falta de capacidade postulatória do autor implica a extinção do processo, se não for sanada e não houver litisconsórcio ativo; a do réu, o prosseguimento do processo à sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de

Como se observa, apesar da exigência legal de representante judicial para a prática de atos processuais, as consequências processuais pelo não atendimento são variáveis e devem ser ponderadas no caso concreto, inclusive levando-se em consideração o prejuízo causado à parte, o que faz do instituto uma questão de interesse público, cujo descumprimento enseja soluções moduláveis.

### 3.7.7 Legitimidade extraordinária

O direito positivo brasileiro prevê a figura da legitimação extraordinária, quando a lei outorga a algumas pessoas a legitimidade para, em nome próprio, defender interesse alheio em juízo.

Trata-se de situação excepcional, em que não há coincidência entre o titular da demanda e o do direito subjetivo reclamado, embora seja possível que, em alguns casos, o direito controvertido também se relacione de algum modo com os próprios interesses do legitimado. De qualquer forma, deve haver “*alguma espécie de relação* entre o sujeito e o conflito”.<sup>441</sup>

Diverge a doutrina sobre se essa autorização legal teria característica de legitimidade extraordinária, de substituição processual, ou se seria um direito autônomo para a condução do processo<sup>442</sup>. É comum ainda ver a legitimidade extraordinária sendo tratada como sinônimo de substituição processual.<sup>443</sup>

Com efeito, a legitimidade extraordinária se identifica com a substituição processual, na medida que o substituto processual atua como parte e ainda possui plena autonomia de vontade para conduzir o processo, sem vinculá-la à do substituído e sem sofrer restrições processuais típicas da figura da representação (tutor, curador etc.).

---

admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatorios que praticar. Como de trata de capacidade, bifurcação da capacidade processual exigida para a prática de alguns atos processuais, é requisito de validade (art. 104 do CC-2002) dos atos processuais.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 142).

<sup>441</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros 2009. v. 2, p. 318.

<sup>442</sup> Nelson Nery Junior defende que a autorização legislativa de determinados órgãos para a defesa de direitos difusos e coletivos não se trata de legitimação extraordinária e nem de substituição processual, mas sim de legitimidade autônoma para a condução do processo, semelhante à “legitimidade ordinária”. Para tanto, o autor atribui à figura da substituição processual os mesmos efeitos à do representante, inclusive com as limitações processuais a ele inerentes, como, v.g., as do curador (NERY JUNIOR, Nelson, *Condições da ação*, cit., p. 36).

<sup>443</sup> Nesse sentido: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 258-259. E ainda: DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., 2009, cit., v. 2, p. 318.

Assim, a legitimação extraordinária é uma técnica processual em que a lei autoriza determinados órgãos pessoas ou entidades a agirem em juízo como parte, embora o sujeito titular da relação jurídica material seja outro, sendo que ambos, no plano do direito material, encontram-se vinculados a uma relação jurídica e devem se sujeitar à coisa julgada<sup>444</sup>. Ressalte-se que essa autorização é concedida apenas pelo legislador, não comportando ampliação pelo magistrado.

Trata-se de questão atinente a um pressuposto processual subjetivo, cujo vício gera uma decisão meramente formal, tendo como efeitos processuais a possibilidade de se sanar o vício, sob pena de indeferimento da inicial, ou então, caso tenha havido extinção anômala do feito, será possível a repositura da demanda, pelo legitimado autorizado por lei para a condução do processo.

Por sua vez, pode haver discussão em torno do preenchimento dos requisitos necessários para se alcançar o *status* de legitimado extraordinário, como ocorre, por exemplo, com as associações que, para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados, deve estar regularmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, nos termos do artigo 5º, LXX, “b”, da CF. Nesse caso, trata-se inegavelmente de questão processual, relativa à capacidade processual, cuja falta impede o regular e válido desenvolvimento do processo, ensejando a extinção do feito sem a resolução do mérito.

### 3.7.8 Litisconsórcio necessário

O instituto do litisconsórcio necessário está previsto no artigo 47 do CPC e ocorre quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, a causa tiver que ser decidida de modo uniforme para as partes. Também conhecido como compulsório ou obrigatório, é uma forma excepcional de pluralidade de partes na relação jurídica processual que, inclusive, não permite o desmembramento, podendo ser ativo ou passivo. Além disso, o litisconsórcio necessário pode ser simples, se a decisão puder ser diferente para os litisconsortes, ou unitário, caso a sentença tenha que ser igual.

---

<sup>444</sup> FUX, Luiz, *Curso de direito processual civil*: processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 259.



Assim, o fato “necessariedade” deve ser apreciado de ofício pelo magistrado, uma vez que se trata de norma cogente, de relevante interesse público, embora não seja uma questão de ordem pública no sentido que se emprega neste estudo.<sup>445</sup>

O litisconsórcio necessário influi na eficácia da sentença, que é una, mas materialmente dúplice<sup>446</sup>. Por essa razão, não pode o juiz se eximir de formar o litisconsórcio, do mesmo modo que o litisconsorte não pode pedir para ser excluído da lide, sendo que seu ingresso no processo pode se dar até a prolação da sentença.

Sendo assim, cabe ao juiz realizar o controle da presença do litisconsorte necessário no processo, desde o ajuizamento da petição inicial. Caso o autor não tenha incluído um litisconsorte e o magistrado constate a necessidade, deverá mandar emendar a inicial para tal fim, sob pena de extinção do processo, como consequência do não atendimento da exigência litisconsorcial, nos termos do parágrafo único do artigo 47 do CPC.

A segunda parte do *caput* do artigo 47 do CPC estabelece que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes, solução essa dada por questão de política legislativa. Quer-se dizer com isso que, sendo incindível a situação jurídica, não poderá haver solução distinta para cada colegitimado, com a eficácia sendo aplicada apenas para o que foi parte do processo.<sup>447</sup>

Sobrevindo a sentença, a ausência de litisconsorte necessário poderá acarretar a nulidade do processo<sup>448</sup>, mediante alegação em ação autônoma ou em impugnação de sentença, conforme o artigo 475-L, I, do CPC.

---

<sup>445</sup> Entendendo se tratar de questão de ordem pública, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

<sup>446</sup> FUX, Luiz, *Curso de direito processual civil*: processo de conhecimento, cit., v. 1, p. 262.

<sup>447</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Litisconsórcio*, cit., p. 317.

<sup>448</sup> “Embargos infringentes. Ação declaratória de nulidade da partilha e de cessões de direitos hereditários. Formação do polo passivo. Homologação da partilha. Inventariante que não mais representa o espólio. Nulidade de negócio jurídico. *Litisconsórcio necessário. Irregularidades insanáveis. Matéria de ordem pública. Decretação de nulidade do processo, a partir da citação.* 1) Considerando que, com o encerramento do inventário, esgotou-se a legitimidade do espólio, findando a representação conferida ao inventariante, o polo passivo da ação declaratória de nulidade da partilha deve ser composto por aqueles que receberam os bens e direitos correspondentes, e não apenas pelo inventariante. Precedentes desta Corte e do STJ. 2) Versando o pleito inicial também sobre o reconhecimento de nulidade na transmissão de direitos hereditários concretizada por meio de cessões, em decorrência da natureza da relação jurídica travada entre cedentes e cessionários, a citação destes e daqueles é imperiosa, a fim de que a definição da existência, validade e/ou eficácia do negócio jurídico entabulado seja declarada perante todos os personagens do ato - transmitente e adquirente. Hipótese de litisconsórcio necessário. Art. 472 do CPC. 3) Ainda que a questão de ordem pública não esteja incluída nos limites da divergência, deve ser conhecida e enfrentada, e até mesmo de ofício, em sede de embargos infringentes. Entendimento consolidado no STJ. Nulidade reconhecida. Preliminar acolhida. Nulidade do processo decretada, a partir da citação. unânime.” (TJRS – EI n. 70049317373, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 19.10.2012).

### 3.7.9 Litispêndência, perempção e coisa julgada

Esses requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional são considerados negativos e externos pela doutrina, na medida que se verificam a partir de situação jurídica ocorrida em outro processo. Trata-se de fatos jurídicos impeditivos do desenvolvimento válido do processo e que ensejam a extinção do feito, na forma do artigo 267, V, do CPC.

A definição de litispêndência e coisa julgada está prevista no artigo 301, parágrafos 1º a 3º, do CPC e se relacionam com a identidade de partes, causa de pedir e pedido em ação anteriormente ajuizada, com a diferença de que, na litispêndência, se repete uma ação que ainda está em curso, enquanto que na coisa julgada se repete ação já transitada em julgado.

A perempção, estabelecida no artigo 268, parágrafo único, do CPC, ocorre quando o autor dá causa, por três vezes, à extinção do feito por abandono da causa (art. 267, III, do CPC), ficando impedido de intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, mas sem prejuízo de poder alegar seu direito em defesa.<sup>449</sup>

São vícios que podem ser alegados pelas partes ou reconhecidos pelo próprio magistrado, de ofício.<sup>450</sup>

Entretanto, sofrem limitações de ordem temporal, já que devem ser suscitados durante o procedimento, sob pena de preclusão.

Interessante ressaltar que o regime processual da coisa julgada é diferenciado, na medida que, ao contrário das duas outras hipóteses, admite-se ação rescisória para desconstituir a sentença que não observou a existência do vício da coisa julgada, na forma do artigo 458, IV, do CPC.<sup>451</sup>

<sup>449</sup> “Ocorre a perempção se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo por falta de diligência. Ficará impedido de propor novamente a ação abrindo-se-lhe, porém, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito (art. 268, par. único). Permanece o direito, mas sem a ação correspondente. A perempção, assim, tem força da coisa julgada.” (PRATA, Edson. Crise do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 203).

<sup>450</sup> “Processual civil. Embargos de declaração. Possibilidade de correção de erro material. Litispêndência é matéria de ordem pública não suscetível à preclusão. Os aclaratórios não se destinam à rediscussão de matéria decidida em apelação. Conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para sanar omissão, sem conferir-lhe efeito modificativo, e suprir erro material. 1) É possível a correção de eventual erro material, até mesmo de ofício. 2) *A litispêndência é matéria de ordem pública, de modo que sua apreciação pode, inclusive, ser feita de ofício pelo Julgador e em qualquer fase processual ou grau de jurisdição. Assim, não se sujeita à preclusão.* 3) Conforme entendimento assente, os aclaratórios não se prestam para rediscutir a lide, posto não ser possível, no âmbito restrito e limitado dessa espécie de recurso, revolver discussões da causa, já que, por meio dos embargos, apenas se esclarece o que está obscuro ou se complementa o que está incompleto. 4) Recurso conhecido e parcialmente provido única e exclusivamente para sanar omissão, sem conferir-lhe efeitos modificativos, e corrigir erro material.” (TJES – ED AC n. 24940123417, 3ª Câmara Cível, rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 24.07.2012, p. 03.08.2012).

<sup>451</sup> NCCPC: “Art. 978. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] IV - ofender a coisa julgada; [...]”

Porém, esse dispositivo legal só deverá ter aplicação se a parte prejudicada não sabia da existência de coisa julgada anterior, vindo a tomar conhecimento dela após o trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir.

Isso porque, por questões de política judiciária, o instituto da coisa julgada, em que pese ser considerado de ordem pública pela doutrina e jurisprudência, vem sofrendo interpretações mais restritivas na esfera recursal, especialmente no âmbito dos recursos excepcionais.

Dessa forma, a coisa julgada, como qualquer outra questão processual, deve ser suscitada até a esfera recursal de segunda instância, sob pena de restar preclusa a questão para efeito de recursos para os Tribunais Superiores, conforme vem se consolidando a jurisprudência do STF<sup>452</sup> e do STJ.<sup>453</sup>

Por sua vez, a questão sofre restrição cognitiva, já que a arguição da coisa julgada é feita com base em uma situação de fato objetiva, não podendo ter como fundamento a eventual mudança de entendimento dos tribunais sobre determinada matéria<sup>454</sup> ou a injustiça da decisão.

---

<sup>452</sup> “Agravo regimental. Instituição de ensino superior. Cobrança pelo estágio obrigatório instituído pela Portaria 1886/1994 do Ministério da Educação. Alegação de incompetência da Justiça Estadual. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. A alegada ofensa à Constituição, se existente, seria indireta ou reflexa, o que enseja o descabimento do recurso extraordinário. Ademais, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o acórdão recorrido, seria necessário o reexame de cláusulas contratuais, o que é vedado na esfera do recurso extraordinário, de acordo com a Súmula nº 454/STF. Tratando-se de recurso extraordinário, qualquer questão nele apresentada deverá ter sido objeto de discussão no Tribunal de origem, ou, em caso de omissão, ter sido objeto de embargos de declaração, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF –AgR AI n. 540.604-0/MS, Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.10.2008, *DJe*, de 19.12.2008).

<sup>453</sup> “Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação da coisa julgada. Prequestionamento. Inexistência. Verbetes n. 282 e 356 da Súmula do STF. Art. 525 do CPC. Fundamentos do acórdão hostilizado. Impugnação. Ausência. Enunciado n. 283 da Súmula/STF. *O tema relativo a alegada ofensa à coisa julgada não foi objeto de debate pelo Tribunal de origem, não tendo sido sequer alvo de embargos declaratórios, impondo-se, nesse contexto, a incidência dos verbetes ns. 282 e 356 da Súmula do Pretório Excelso. Irrelevante o fato de se tratar de matéria de ordem pública.* Precedentes. - Não infirmados os fundamentos do acórdão recorrido, inafastável a incidência do Enunciado n. 283 da Súmula do STF. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR AREsp n. 61.836 (2011/0237286-4)/PB, Segunda Turma, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 15.05.2012, *DJe*, de 25.05.2012).

<sup>454</sup> “Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Equiparação salarial. Lei estadual n. 10.395/95. Alegação de negativa de prestação jurisdicional do acórdão recorrido por ausência de fundamentação. Inocorrência. Análise de legislação local. Incidência do enunciado da Súmula n. 280 do STF. 1. O artigo 93, IX, da Constituição Federal não resta violado nas hipóteses em que a decisão mercê de fundamentada não se apoia na tese da recorrente. Precedente: AI 791.292 QO-RG, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 13.08.2010. 2. O direito local acaso violado por decisão judicial não autoriza a interposição de recurso extraordinário. 3. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. AI 804.854-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJe* de 24/11/2010 e AI 756.336-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* de 22/10/2010. 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: Apelação cível. Administrativo. Política salarial. Lei nº 10.395/95. Coisa julgada. Isonomia. *A coisa julgada, tema de ordem pública, pode ser*

Esse tratamento sistêmico indica que até mesmo a coisa julgada, vício de elevada gravidade, tem sofrido limitações temporais, em prestígio aos princípios da eventualidade e economia processual, bem como o da segurança jurídica.

### 3.7.10 Interesse processual

Conforme já exposto quando da análise do tema das condições da ação, o interesse processual é um requisito que pertence à categoria dos pressupostos processuais, consistindo em uma verificação do juiz sobre a necessidade e utilidade da demanda, na perspectiva de proporcionar o aproveitamento da tutela pela parte e de justificar a movimentação da atividade jurisdicional.

Trata-se de uma avaliação que deve ser feita pelo magistrado dos fatos alegados na inicial em relação aos propósitos do autor em demandar, e não da pertinência em si da causa de pedir. Por isso, o requisito não está relacionado a aspectos materiais da causa, mas a circunstâncias atinentes ao próprio processo e ao exercício da jurisdição.

A ausência de interesse processual pode ser alegada pela parte interessada ou de ofício pelo magistrado, sendo certo que sua importância para a relação processual termina no momento em que há o saneamento explícito ou implícito e adentra-se à fase instrutória. Nessa oportunidade, qualquer problema relativo ao interesse processual perde força e sentido, sendo mais benéfico para o processo e para as partes o prosseguimento regular do feito, com o exame do mérito.

Como se observa, apesar de sua relevância para o processo, diante do interesse público envolvido, as restrições cognitiva e temporal são fatores que delimitam os seus efeitos processuais, sendo que, após a fase saneadora, nem mesmo ao juiz é permitido conhecer a questão de ofício.

### 3.7.11 Suspeição do juiz

---

*reconhecida inclusive de ofício, em qualquer grau de jurisdição. Tramitou anterior ação idêntica, transitada em julgado com análise do mérito. Impossibilidade de rediscutir a questão por mudança de entendimento de órgão fracionário da corte sobre a matéria. Preliminar de contrarrazões acolhida. Processo extinto pela coisa julgada. Apelo prejudicado. 5. Nego provimento ao agravo regimental.” (STF – AgR AI n. 831.466/RS, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j.. 07.02.2012, DJe, de 29.02.2012).*

A suspeição é requisito referente à capacidade do juiz de atuar com imparcialidade dentro do processo. Diz respeito à lisura de seu convencimento, que não poderá estar maculado por circunstâncias extraprocessuais, mormente para beneficiar uma das partes.

As causas de suspeição estão descritas de modo exemplificativo no artigo 135 do CPC<sup>455-456</sup>. São situações, portanto, que podem comprometer a inércia do magistrado.

A suspeição deve ser alegada de ofício pelo próprio juiz, mas também pode ser arguida pela parte, na primeira oportunidade em que tomar conhecimento do vício.

Diferentemente do impedimento, cujos motivos são apurados de forma objetiva, gerando uma presunção absoluta de parcialidade do juiz, a suspeição gera apenas uma presunção *iuris tantum*, que deve ser dimensionada de acordo com a extensão apurada concretamente. Assim, além de indicar o motivo da suspeição, o interessado deve demonstrar que tal circunstância influenciou decisivamente no convencimento do magistrado em seu desfavor.

Entretanto, o CPC não estipula as consequências resultantes da suspeição como o faz no caso de impedimento, a não ser a suspensão do feito, enquanto se decide sobre o fato, conforme o artigo 306, de modo a concluir-se que, uma vez declarada de ofício ou reconhecida a alegação de suspeição, há apenas o afastamento, daí por diante, do juiz da causa<sup>457</sup>, com a remessa dos autos ao seu substituto legal, na forma do artigo 313.

Contudo, não há como se aceitar o mesmo resultado se a suspeição não for reconhecida pelo magistrado, mas for acatada pelo tribunal, já que, nesse caso, os atos decisórios também deverão ser considerados viciados, como ocorre no impedimento.

Isso porque, se as razões da suspeição forem consideradas relevantes e fundadas pelo tribunal, seus efeitos não poderão ficar restritos apenas aos atos futuros, mas atingirão os atos decisórios pretéritos que o juiz praticou, ainda que não se considerasse parcial, afastando-se

---

<sup>455</sup> “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

<sup>456</sup> NCP: “Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento de causa em favor de qualquer das partes. § 1ª Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. § 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando: I - houver sido provocada por quem a alega; II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido.”

qualquer dúvida quanto à legitimidade da decisão e permitindo que o feito prossiga sem questionamentos, especialmente pela parte que a alegou.

Não obstante, a suspeição, exatamente pela sua relatividade, é passível de preclusão e não consta do rol das hipóteses passíveis de rescisão da sentença.

Ressalte-se, entretanto, que o artigo 485, I, do CPC<sup>458</sup> permite a rescisão em casos de prevaricação, concussão ou corrupção, que correspondem aos artigos 316, 317 e 319 do Código Penal (CP), respectivamente.

Como se observa, a suspeição é requisito que admite superação pelo nosso sistema processual e por isso se afasta da categoria mais grave de questão de ordem pública.

### 3.7.12 Despesas processuais

As despesas processuais se enquadram na categoria de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo e estão regulamentadas nos artigos 19 a 35 do CPC.

Sendo assim, exige-se do juiz o devido controle das despesas do processo, podendo, inclusive, aplicar multa, quando elas forem manejadas de forma irregular pelas partes.

O fator custo do processo tem sido alvo de estudos e preocupações pelos sistemas jurídicos, pois se de um lado a estrutura judiciária é muito dispendiosa, por outro há necessidade de se garantir o acesso à justiça às pessoas que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas processuais.

Essa equação acaba passando pelo controle judicial, na medida que o juiz deverá não só fiscalizar o pagamento das despesas processuais por quem assim as deve, como também lhe compete analisar as hipóteses em que a parte faz jus à isenção legal, nos moldes preconizados no artigo 5º, LXXIV, da Constituição da República, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 1.060/50.

Por essa razão, desde o ajuizamento da demanda, o autor deverá valorar corretamente a causa, conforme os moldes dos artigos 258 a 261 do CPC, tratando-se, na verdade, de requisito da própria petição inicial, nos termos do artigo 282 do CPC.

Assim, se o valor dado à causa<sup>459</sup> na petição inicial não corresponder ao conteúdo econômico da demanda ou não atender às demais exigências legais, deverá o juiz mandar o

---

<sup>457</sup> É o que assevera José Carlos Barbosa Moreira (*Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 87).

<sup>458</sup> “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; [...]”

autor emendar o ato, sob pena de, em caso de descumprimento, extinguir o feito sem a resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, III, do CPC.

Ademais, caso o autor, embora valere corretamente a causa, deixar de pagar as despesas processuais, deverá o magistrado oportunizar a regularização, sob pena de extinção do feito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC, ou seja, falta de requisito para o regular desenvolvimento do processo.

De qualquer modo, trata-se de questão em que o interesse público se mostra relevante, a justificar um monitoramento pelo magistrado e a ensejar consequências processuais no caso de não atendimento pela parte.<sup>460</sup>

Importante ressaltar que também se reveste de interesse público a questão relativa à assistência judiciária gratuita, prevista na Lei n. 1.060/50, que isenta nacionais ou estrangeiros residentes no país do pagamento das despesas judiciais, quando se declararem necessitados e impossibilitados do acesso à justiça, sem prejuízo de seu sustento próprio ou de sua família.

Embora o artigo 4º da Lei diga que a parte gozará do benefício mediante simples afirmação, a própria Lei exige, em seu artigo 5º, o controle judicial dos requisitos de miserabilidade, exigindo apenas uma motivação adequada, tanto para o caso de deferimento, quanto para o de indeferimento.

Dessa forma, ao contrário do que se normalmente se defende, o deferimento da assistência judiciária gratuita não é automático à apresentação de declaração de pobreza da parte, devendo o juiz avaliar criteriosamente esse estado de necessidade do requerente, para que a benesse possa ser concedida.

Tanto é assim que a questão pode ser analisada de ofício, a qualquer tempo, inclusive em via recursal, sem prejuízo de que a outra parte apresente impugnação ao pedido, demonstrando a parte não faz jus ao benefício, por incompatibilidade com sua situação financeira.

---

<sup>459</sup> “Direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de cobrança de royalties. Valor da causa. Proveito econômico. Alteração de ofício. Matéria de ordem pública. Possibilidade. Recurso não provido. *Por se tratar de matéria de ordem pública, a questão atinente ao valor atribuído à causa pode e deve ser analisada de ofício pelo magistrado, sempre que por ele for verificada qualquer irregularidade na fixação, mesmo na ausência de provocação da parte contrária. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o valor atribuído à causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido pela parte. A impossibilidade de se apurar, a priori, o valor total e certo do benefício econômico almejado não implica na aceitação de valor meramente simbólico, mormente quando este se mostra muito inferior àquele.*” (AI n. 1.0175.11.001292-9/001, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Veiga de Oliveira, j. 02.10.2012).

<sup>460</sup> Na doutrina há quem defenda que a questão relacionada às despesas processuais configura exceção processual, pois depende da alegação da parte, sob pena de preclusão e de não ser possível ensejar qualquer nulidade no processo, já que a finalidade deste não é a cobrança de custas (TESHEINER, José Maria Rosa, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 87).

Desse modo, as questões relativas às despesas processuais ou à sua isenção se enquadram nas hipóteses de interesse público e justificam o controle pelo magistrado, conforme vem se manifestando a jurisprudência pátria.<sup>461</sup>

### 3.7.13 Inversão do ônus da prova pelo juiz<sup>462</sup>

Também merece atenção a questão da inversão do ônus da prova<sup>463</sup> pelo magistrado, diante do interesse público envolvido.

A ideia de ônus processual se relaciona à existência de uma consequência imposta à parte pelo não exercício de uma faculdade processual.<sup>464</sup>

No Brasil, na esteira do que comumente se vê no *civil law*, adota-se o critério estático de distribuição do ônus da prova, como último refúgio para se evitar o *non liquet*, por meio da regra prevista no artigo 333 do CPC.<sup>465</sup>

O ônus da prova do artigo 333 do CPC ainda é visto sob dois enfoques distintos: um subjetivo e outro objetivo. O ônus subjetivo<sup>466</sup> ou formal<sup>467</sup> está relacionado aos sujeitos

<sup>461</sup> “Exceção de incompetência - Indeferimento da assistência judiciária - Determinação de pagamento das custas judiciais - Decisão não recorrida - Prolação de sentença que, reafirmando a questão, aplica o efeito jurídico previsto em lei para o descumprimento da ordem - Apelação - Não conhecimento - Preclusão lógica. [...] 2. *O incidente de exceção de suspeição pode ser proposto sem o prévio recolhimento das custas judiciais, o que não impede que, ao final, seja atribuído à parte sucumbente o ônus de suportá-las mesmo porque o benefício da justiça gratuita é questão de ordem pública que pode e deve ser apreciado em qualquer tempo e grau de jurisdição.* 3. Não conheceram do recurso vencido o relator.” (AI n. 1.0024.10.212050-8/001, 16ª Câmara Cível, rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 24.10.2012).

<sup>462</sup> Sobre o tema, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

<sup>463</sup> A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi desenvolvida na Argentina e teve como principais mentores Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello. Para tanto, Peyrano utilizou a conhecida teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt, que considera que os vínculos jurídicos entre as partes não são relações jurídicas (consideração estática do direito), e sim fenômenos diversos, que resumem em três palavras: expectativas, possibilidades e cargas (consideração dinâmica do direito). Ela é baseada nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade ou de efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional na formação do material de convicção, podendo, ainda, ter como fundamento: o princípio da igualdade entre as partes em bases materiais; equilíbrio entre as partes; critério de equidade na relação processual; dever das partes de colaborar com o esclarecimento da verdade; dever das partes de colaborar com a verdade jurídica objetiva; dever de cooperação entre os profissionais; o de que as cargas probatórias dinâmicas são de responsabilidade do juiz no processo; a busca da justiça no caso em concreto; deveres dos juízes e de conduta processual das partes; e concepção dinâmica do processo (WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatórias dinâmicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 68-69).

<sup>464</sup> ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 82-83.

<sup>465</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor. [...]”

<sup>466</sup> “O ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Argüindo o réu circunstância impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, a ele compete provar a alegação (art. 333, II, do CPC).” (STJ – REsp n. 118590/PR, 1997/0008907-0, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.04.2003, DJU, de 30.06.2003). E ainda: “A prova cabe a quem alega e quem se insurge contra fatos retratados em documentos oficiais tem o



processuais responsáveis pela produção da prova, significando saber se a parte onerada conseguiu comprovar nos autos suas alegações, enquanto que o ônus objetivo da prova está relacionado à distribuição do encargo probatório pelo juiz, no momento do julgamento, consistindo, pois, em uma regra de julgamento.<sup>468-469</sup>

No nosso ordenamento, a primeira situação jurídica que autorizou a alteração pelo juiz da regra estática de distribuição do ônus da prova surgiu com a necessidade de proteger os consumidores, que constantemente se viam em situação de desvantagem frente aos fornecedores de bens e serviços, e com grandes dificuldades de comprovar satisfatoriamente os seus pretensos direitos, ante à impossibilidade de produzir ou utilizar os meios probatórios cabíveis.

Com o advento do CDC, o seu artigo 6º, VIII<sup>470</sup>, passou a prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no princípio da isonomia real, de índole constitucional. Esse preceito legal destina-se ao juiz, que deve aplicá-lo no momento processual apropriado, quando verificada a situação de desvantagem do consumidor.<sup>471</sup>

Essa possibilidade de inversão decorre de uma presunção de hipossuficiência<sup>472</sup> probatória, que deve estar somada à verossimilhança das alegações, para que possa ser autorizada<sup>473</sup>. No caso do artigo 38 do CDC<sup>474</sup>, a inversão é obrigatória.

ônus de provar o porquê da imprestabilidade do documento (art. 333 do CPC).” (STJ – REsp n. 569985/DF, 2003/0130765-0, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.06.2006, DJU, de 20.09.2006).

<sup>467</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74.

<sup>468</sup> ALVES, Maristela da Silva, O ônus da prova como regra de julgamento, in *Prova cível*, cit., p. 78-79.

<sup>469</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Gênesis*: revista de direito processual civil, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

<sup>470</sup> “Art. 6º. [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

<sup>471</sup> Na jurisprudência: “Agravo regimental. Relação de consumo. Lei 8.078, de 1990. Ação revisional de contrato bancário. Inversão do ônus da prova. Art. 130 do Código de Processo Civil. Apresentação de documentos determinada pelo MM. Juízo *a quo*. Poder instrutório do juiz. Recusa da instituição financeira ao entender que o ônus deve ser cumprido pelo autor, nos termos do art. 333, I, Código de Processo Civil. Exibição mantida em proveito da instrução processual.” (TJSP – AgR n. 7192594101/Auriflora, 21ª Câmara de Direito Privado, rel. Mauro Conti Machado, j. 12.11.2007, data de registro 15.12.2007).

<sup>472</sup> “A hipossuficiência apta a motivar a inversão do ônus da prova não é simplesmente a inferioridade econômica, mas sim aquela em que se verifica que o consumidor tem menor possibilidade técnica de acesso à prova ou deficiências para sua demonstração, como, *v.g.*, desconhecimento de dados específicos sobre o produto ou serviço.” (TJES – AG n. 035.05.900169-9/Vila Velha, 1ª Vara Cível, 2ª Câmara Cível, rel. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. 02.08.2005, DJ, de 19.08.2005).

<sup>473</sup> Em sentido, contrário, entendendo que os requisitos não são cumulativos: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65; e PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

<sup>474</sup> “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Como se observa, as relações de consumo são regidas por normas de “ordem pública” e de “interesse social”, conferindo, assim, uma alta dose de imperatividade à matéria. Porém, a natureza da técnica de inversão do ônus da prova normatizada no CDC não é de ordem pública, em que pese possa se inserir na categoria de interesse público.

De qualquer forma, a doutrina das cargas probatórias dinâmicas<sup>475</sup>, também denominada de carga dinâmica da prova, carga de prova partilhada, cargas probatórias dinâmicas, doutrina da prova partilhada e prova partilhada, produziu um verdadeiro salto qualitativo, desde o ângulo teórico, até sua efetiva operatividade na prática forense.

Seu propósito é criar um sistema excepcional, evitando-se a chamada prova diabólica, que ocorre quando a parte, inicialmente onerada pela regra geral de ônus probatório, não possui condições de produzir a prova necessária à elucidação dos fatos. Em outras palavras, é a prova impossível, senão muito difícil de ser produzida.

Também alguns anteprojetos de código de processo coletivo adotam essa concepção. Já a doutrina acolhe essa teoria, a partir de uma interpretação sistemática da legislação processual pátria, como sendo decorrência dos princípios da igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

Por fim, a jurisprudência<sup>476</sup> tem aplicado a teoria com base em nosso sistema processual, como nos casos da responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, que sempre possui melhores condições do que a vítima para provar que agiu regularmente.

Há quem sustente ainda que a aplicação da teoria encontra limites materiais e formais. Os primeiros se relacionam com a posição privilegiada do litigante dinamicamente onerado, em relação ao material probatório e em sua contraparte. É o que Danilo Knijnik chama de

<sup>475</sup> “[...] i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática ou inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito –, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2, p. 62).

<sup>476</sup> “Responsabilidade civil. Médico e hospital. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade dos profissionais liberais - Matéria de fato e jurisprudência do STJ (REsp n. 122.505/SP). 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a ‘responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa’ (art. 14, § 4º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao ‘critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências’ (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 171988/RS, 1998/0029834-7, 3ª Turma, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 24.05.1999, DJU, de 28.06.1999).

“*probatio diabolica reversa*”<sup>477</sup>. Já no aspecto formal, exige-se a prévia e fundamentada decisão.

Por sua vez, há quem defenda<sup>478</sup> que a aplicação dessa teoria pelo juiz deve ser feita antes da fase instrutória, eis que constitui regra de atividade, e não de julgamento, para não comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova.

Conforme se observa das hipóteses legais e doutrinárias de inversão do ônus da prova, o papel do juiz é relevantíssimo na análise e solução das situações postas em juízo<sup>479</sup>, porque alterar a regra fixa do ônus da prova acaba por romper o paradigma estabelecido com base na segurança jurídica das partes, em termos de iniciativa probatória. Ademais, essa modificação do ônus probatório das partes não é automática, dependendo sempre da análise e decisão judicial, para que possa ser legitimamente exercida dentro do processo.

Assim, necessário se faz o estabelecimento de alguns critérios objetivos capazes de nortear não só o juiz, mas também as partes, além de servir de controle para os atos jurídicos praticados no processo, que são: i) verificação de configuração de prova diabólica; ii) impossibilidade de outras formas de produção da prova pelo litigante onerado; iii) inexistência de uma prova diabólica reversa; iv) decisão fundamentada.

### 3.7.14 Outras questões de interesse público processual

As questões acima referidas são as situações mais comuns no cotidiano forense e que por isso demandaram uma análise mais detida. Contudo, há outras hipóteses de elevada relevância para o processo que devem ser controladas pelo magistrado, sendo certo que o rol é apenas exemplificativo.

Isso porque entre os poderes do magistrado está o de, ao lado de garantir o equilíbrio processual das partes, primar pela boa administração da justiça.

<sup>477</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 188.

<sup>478</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, cit., v. 2, p. 65.

<sup>479</sup> “Como visto, o juiz pode chegar ao final do procedimento i) em estado de dúvida e simplesmente aplicar a regra do ônus da prova, como também ii) julgar com base em verossimilhança ou inverter o ônus da prova em razão da ‘verossimilhança da alegação’ e ainda iii) inverter o ônus da prova em razão da inesclarecibilidade da situação fática ou da hipossuficiência do consumidor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 11-21, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)>, p. 5. Acesso em: 25 fev. 2014).

Assim é que, na intervenção do Ministério Público nas causas cujo interesse público requer a sua fiscalização, deve o magistrado observar a referida exigência, para que não se alegue futuramente a nulidade de atos ou até mesmo do processo.

Não obstante, a atuação do Ministério Público também pode se originar da necessidade de assistir a uma das partes, em razão de incapacidade, sendo, pois, situação diversa da intervenção em razão de interesse público, ante a indisponibilidade do direito controvertido.<sup>480</sup>

Registre-se apenas que a eventual irregularidade na intervenção ministerial deve ser alegada pelo próprio órgão, sendo que enquanto o processo estiver tramitando, ainda que em fase de recurso, poderá o vício ser suprido pelo ingresso do Ministério Público, se ele ratificar os atos processuais anteriores, fazendo com que o ato processual atinja a sua finalidade, e desde que não cause prejuízos às partes.

Por sua vez, as hipóteses de conexão e continência – embora o interesse público possa ser bem variável e até aparentemente inexistir em alguns casos – são capazes de ensejar o necessário apensamento dos autos, para se evitar decisões conflitantes, o que não interessa nem aos jurisdicionados e nem ao Poder Judiciário, de modo a permitir uma atuação oficiosa pelo magistrado.

Outra situação cotidiana é a relativa às causas de suspensão do processo nas hipóteses do artigo 265 do CPC, porque algumas situações ali previstas são taxativas, mas outras dependerão do critério discricionário do juiz e até das partes, como autoriza o inciso II.

Por sua vez, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) garante o direito à prioridade na tramitação dos feitos às pessoas acima de sessenta anos, devendo o juiz zelar pelo cumprimento da lei, em nome do interesse público envolvido.

Enfim, como se observa, o controle judicial dos requisitos de validade e desenvolvimento do processo é extenso e deve ocorrer a cada ato processual produzido, bem como de preferência na primeira oportunidade, a fim de que qualquer irregularidade identificada seja tempestivamente saneada e o processo possa prosseguir sem defeitos e sem retrocessos.

### **3.8 Requisitos formais do processo**

---

<sup>480</sup> Nesse sentido: TESHEINER, José Maria Rosa, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, cit., p. 147.

### 3.8.1 Requisitos de admissibilidade do ato processual

Os elementos do ato processual são específicos, ou seja, são estabelecidos pela lei processual e não precisam atender às exigências de direito material.

Alguns autores fazem distinção entre os elementos de existência e os elementos de validade dos atos processuais. Entretanto, tal diferenciação não se apresenta tão relevante, quando o que importa para fins do processo é a análise de sua validade, uma vez que a categoria dos atos inexistentes é um sofisma, já que o não ato não é passível que qualquer tipo de apreciação. Assim, o que deve ser considerado é a eficácia produzida pelo ato no processo, independentemente do tipo de defeito nele contido.

Os atos processuais são formados por pressupostos, requisitos e condições<sup>481</sup>. Os pressupostos são a necessidade de forma para que se exteriorize. Quanto aos requisitos, relacionam-se com o conteúdo do ato. Já as condições referem-se à aptidão ou à capacidade das partes. Observa-se, pois, que os requisitos não se confundem com os pressupostos, pois aqueles são condições de regularidade que não se concretizam previamente, mas que acompanham a constituição do próprio ato e são exigências de sua configuração regular, de acordo com o modelo legal que o preside.

De todo modo, qualquer exigência de direito material fica relegada ao segundo plano<sup>482</sup>, já que as questões relativas aos sujeitos, ao conteúdo e à forma do ato jurídico deverão obedecer às regras do direito processual.

Ressalve-se apenas a questão relativa à licitude do ato porque, em relação à forma e à capacidade dos sujeitos, o juiz deve fazer prevalecer os critérios da lei processual. Em relação

---

<sup>481</sup> “Quando se cuida de ato jurídico, ou de tipo, que nada mais é que um ato ou conjunto de atos jurídicos operando, no seu todo, como suposto de uma consequência jurídica específica, denominamos de *pressuposto* ao que *precede* ao ato e é para ele juridicamente relevante; qualificamos como *condição* tudo quanto a ele *se segue* e é exigido para a produção dos efeitos específicos que ao ato ou tipo se associam, chamando de *requisitos* tudo quanto integra a estrutura executiva do ato. Pressupostos, requisitos e condições, por sua vez, constituem o que denominamos de *elementos* do ato. A par disso, cumpre lembrar que, por sua própria natureza, o ato pede a determinação do *sujeito* que age, exteriorizando seu agir de determinada *forma*, tendo essa sua atividade um certo *objeto*. Sujeitos, objeto e forma são, por conseguinte de consideração necessária para determinação da pertinência, ao ato, dos mencionados pressupostos, requisitos e condições.” (PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35).

<sup>482</sup> Isso inclui as exigências do CC quanto aos atos probatórios, uma vez que a natureza jurídica da prova é eminentemente processual e não deve estar condicionada aos preceitos normativos do direito material. Nesse sentido: REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 143; COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 179-181; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 2, p. 83; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 74.

à licitude do objeto do ato processual, faz-se necessária a observância tanto do direito material quanto do direito processual, como, por exemplo, os direitos indisponíveis.

Registre-se, por fim, que os vícios de consentimento que possam eventualmente afetar a vontade do agente no ato processual são os mesmos regulados pelo CC, haja vista tratar-se de matéria afeita ao direito material.

Além disso, o ato jurídico, para adentrar e se fixar no processo, assume forma. A forma é, pois, a exteriorização do ato, a maneira pela qual ele se manifesta<sup>483</sup>. É ela que dá vida e existência ao ato processual, fazendo-o incidir sobre o mundo real, por meio dos efeitos jurídicos que produz. Em outros termos, a sua falta acarreta, no processo, desordem, confusão, incerteza e insegurança jurídica.<sup>484</sup>

A primeira parte do *caput* do artigo 154 do CPC, prevê que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Ocorre que, apesar do texto aparentemente sugerir um sistema aberto de formas, na verdade impera o sistema rígido, uma vez que a grande maioria dos atos processuais tem a sua forma estabelecida em lei, sendo poucas as hipóteses que permitem certa maleabilidade de formas pelos sujeitos processuais.<sup>485</sup>

Assim, o referido dispositivo sempre teve aplicação restrita, haja vista que o CPC regula quase a totalidade dos procedimentos e vincula a atuação jurisdicional às prescrições legais (art. 2º). Pode-se dizer, então, que o que há é certa flexibilização quanto ao procedimento, e não quanto à forma dos atos processuais típicos. Em relação aos atos atípicos, devem conter os elementos necessários aos atos processuais (conteúdo e aptidão dos sujeitos), mas quanto à forma, podem ter moldura diferente, desde que atinjam a sua finalidade em não causar prejuízo à parte.

Em relação ao conteúdo dos atos processuais, destaca-se inicialmente a presença de uma conduta comissiva que manifeste a vontade do agente sobre a produção de efeitos no processo. A vontade pode ser inicial, com a exposição da real intenção do sujeito, ou então a

---

<sup>483</sup> “Ora, a forma é especificamente o meio de exteriorização do ato processual. O ato é gerado pela vontade livre do sujeito que o pratica, mas ele se exterioriza, se comunica, se transmite aos demais sujeitos para poder produzir efeitos no processo através da forma. [...] Afinal, é a forma que determina as consequências do ato processual, que garante o cumprimento da finalidade para o qual a lei o previu, que assegura sua comunicação aos demais sujeitos do processo e a sua documentação.” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 256-258).

<sup>484</sup> “Segurança e celeridade, eis as palavras-chave para explicar o método ideal de solução das controvérsias.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 17).

<sup>485</sup> “É o que Vicente Greco Filho denominou de *princípio da tipicidade* dos atos processuais, em virtude do qual os modelos definidos pela lei descrevem não só a forma externa de cada ato, mas também o que deve conter, o

de resultado, em que se consideram apenas as consequências pretendidas no processo, independentemente do verdadeiro intuito da pessoa.

Não se nega que em alguns atos do processo, como o postulatório, a intenção inicial também é imprescindível para o conteúdo do ato, uma vez que identifica a causa de pedir próxima e remota da demanda, delimitando, assim, o seu objeto. Entretanto, a regra no direito processual é prevalecer somente a vontade de resultado. Em outros termos, a vontade externada, para o direito processual, não necessita coincidir com a causa que estimulou o agente.

Em todo caso, qualquer vício de consentimento previsto no direito material que macule a vontade do agente no processo – seja a vontade inicial, quando imprescindível seja a vontade de resultado – pode e deve ser questionada judicialmente, e daí gerar reflexos processuais.

Além do ato comissivo com manifestação de vontade, inclui-se no conteúdo do ato a licitude de seu objeto, que deve atender tanto ao direito material quanto ao direito processual, porque o direito processual não pode, a pretexto de ser um direito autônomo, cancelar ilicitudes reconhecidas no ordenamento jurídico. Por sua vez, o próprio processo possui situações consideradas ilícitas que devem ser rechaçadas, quando identificadas.

Concluindo, tanto a vontade do agente quanto a licitude do ato compõem o conteúdo dos atos processuais.

Outro aspecto relevante é que os atos processuais podem ser produzidos tanto pelos sujeitos da relação jurídica processual, como por outros sujeitos que eventualmente venham a integrar o processo, mediante condutas capazes de surtir efeitos processuais.

Assim é que o juiz, as partes, os auxiliares da justiça e os terceiros intervenientes são sujeitos capazes de produzir atos processuais. Porém, para que o ato seja considerado regular, não basta ser efetuado por um sujeito do processo, sendo necessário, ainda, que atenda às exigências processuais. O juiz deve ser o devidamente investido no cargo e ter asseguradas todas as prerrogativas inerentes à magistratura. As partes devem possuir capacidade jurídica e processual, além de estarem devidamente representadas por advogado, quando necessário. Do mesmo modo, os auxiliares da justiça e os terceiros intervenientes também devem estar atentos às regras de capacidade previstas no direito processual.

---

seu conteúdo.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 387).

Portanto, a condição de regularidade do ato processual está relacionada à aptidão processual do sujeito que manifestou sua vontade, visando à produção de resultados no processo, cuja ausência pode ensejar vício capaz de comprometer o ato processual.

Outrossim, encontram-se na doutrina diversos critérios de classificação dos atos processuais. Vejamos alguns: 1) *quanto ao momento*: a) ato de iniciação; b) ato de desenvolvimento (ordenação); c) ato de conclusão (decisórios ou dispositivos das partes); 2) *quanto aos sujeitos*: a) atos do juiz (decisórios, de movimentação, instrutórios, de coação, de documentação); b) atos das partes (atos postulatórios, atos dispositivos, instrutórios, reais); c) atos dos auxiliares da justiça (atos de movimentação, atos de execução ou de coerção, atos de documentação); d) atos de outros sujeitos do processo (terceiros intervenientes, Ministério Público, peritos, testemunhas, advogados); 3) *quanto ao conteúdo*: a) atos postulatórios; b) decisórios; c) instrutórios; d) dispositivos; e) de movimentação; f) de execução ou de coação; g) de documentação; h) atos reais (presença); 4) *quanto às vontades*: a) atos unilaterais; b) atos bilaterais; 5) *quanto ao número de condutas*: a) atos simples (interdependentes); b) atos complexos (vários atos unidos com a finalidade comum – audiência e sessão); c) atos compostos (depende da integração de outro ato – homologação de desistência); 6) *quanto ao rigor formal*: a) atos livres; b) atos vinculados à prescrição legal; 7) *quanto aos efeitos*: a) atos perfeitos (efeitos integrais); b) atos defeituosos (efeitos relativos); 8) *quanto à espécie*: a) ato processual em sentido estrito; b) ato-fato processual (morte); c) negócios jurídicos processuais; 9) *quanto à licitude*: a) atos lícitos; e b) atos ilícitos; 10) *quanto à tipicidade*: a) atos típicos; b) atos atípicos.

Como se observa, a doutrina utiliza vários métodos de classificação dos atos processuais, de acordo com o ângulo de análise. De qualquer modo, mais importante do que qualificar ou quantificar o ato processual é identificá-lo para saber a eficácia processual que é capaz de produzir, ou então para delimitar as consequências de seus eventuais defeitos.

Dito isso, os atos processuais podem ter requisitos genéricos e requisitos específicos quanto à forma, ao prazo e à publicidade.

Assim é que se uma forma do ato é expressamente exigida pela lei, ela deve ser cumprida, sob pena de ter a aptidão de ensejar a nulidade. Do mesmo modo, a tempestividade é requisito exigido para a prática de inúmeros atos processuais, para que não gerem a preclusão. Por sua vez, a publicidade dos atos processuais pode demandar o cumprimento de requisitos específicos, sem os quais o ato não terá validade ou não surtirá efeito.



Portanto, compete ao magistrado o controle quanto ao atendimento dos requisitos de cada ato processual, para que todos, dentro da cadeia procedimental, atinjam a finalidade da forma mais eficiente possível.

### 3.8.2 Adequação do procedimento

A escolha do procedimento pelas partes constitui uma questão cujo grau de interesse público, embora possa variar de acordo com o objeto litigioso, é passível de controle de ofício pelo magistrado porque, na qualidade de gestor da administração da justiça, compete ao juiz zelar pelo procedimento mais adequado ao direito material, a fim de que haja o melhor rendimento possível do processo, em benefício das partes e também da eficiência judiciária.

Contudo, eventual erro na escolha do procedimento não deve ser motivo para a extinção de plano do processo, sem antes possibilitar a adequação pela parte.

Na realidade, existem três situações distintas que devem ser consideradas.

A primeira é quando o direito material, ou seja, a matéria discutida, exige um procedimento específico previsto em lei, quando esta já sopesou as vantagens do procedimento, em relação ao objeto litigioso. Nesse caso, em que a própria lei indica a presença de interesse público na escolha do procedimento, a opção não fica na esfera de disponibilidade da parte. Assim, deve o magistrado permitir a adequação do procedimento, sob pena de extinção.

A segunda hipótese é a lei possibilitar a escolha de determinado procedimento, com base em critérios menos rígidos, como o valor da causa ou a aparente complexidade de algumas matérias pré-selecionadas, como é o caso do artigo 275 do CPC, que trata do procedimento sumário. Aqui deve haver certa flexibilização quanto à opção da parte, seja porque prefere um procedimento mais longo, seja porque, na prática, o rito previsto já não atende mais às finalidades para as quais foi estabelecido. É o que acontece atualmente com o procedimento sumário e com os juizados especiais, em que a obrigatoriedade de designação de audiência de conciliação fez com que as pautas ficassem sobrecarregadas, ultrapassando, inclusive, a duração do próprio procedimento ordinário.

Registre-se que há uma tendência nos sistemas jurídicos de redução e simplificação dos procedimentos, evitando-se que formalidades desnecessárias inviabilizem o alcance do exame de mérito e facilitando os jurisdicionados. Por sua vez, admite-se com mais frequência a flexibilização do procedimento, adaptando-o às particularidades do caso concreto, conforme será tratado em momento oportuno.

Nesse contexto, em caso de escolha inapropriada do rito pela parte, deve o magistrado alertar a parte sobre o interesse público que envolve a questão e determinar a adequação, sendo que, em caso de descumprimento, o juiz pode avaliar os possíveis prejuízos da limitação do procedimento, especialmente quando restringir o contraditório ou a produção de provas, e impedir que o processo siga adiante, em razão de ausência de pressuposto processual de regular desenvolvimento do processo. Essa não é uma avaliação fácil, pois nem sempre um olhar prospectivo é capaz de identificar as reais consequências do rito questionado. De qualquer forma, na dúvida, será preferível uma postura mais ativa do magistrado no controle do procedimento, evitando-se danos maiores no futuro próximo.

A terceira hipótese é quando a lei não faz qualquer exigência, dando ampla margem de liberdade de escolha e o autor prefira a utilização de um procedimento mais complexo, em detrimento de outro mais sucinto, caso em que o juiz não deve se opor, a não ser diante de uma grave incompatibilidade com as particularidades da causa, caso em que o controle judicial merece atuação, ao menos informando a parte sobre a questão.

De qualquer modo, deve ficar claro que procedimento/rito é norma cogente, cujo grau de interesse público pode variar, cognoscível de ofício, mas que não se trata de questão de ordem pública, capaz de fulminar o processo ou impedir o exame do mérito, sem prejuízo de haver um controle concreto pelo magistrado.<sup>486</sup>

### 3.9 Questões processuais disponíveis

Ao lado das questões de ordem pública e das de interesse público, existem as questões em que impera a disponibilidade das partes, por envolverem interesses primordialmente privados.

Assim, as questões disponíveis são os atos e fatos que devem ser alegados pelas partes na primeira oportunidade, sob pena de serem superadas no processo, em razão da preclusão, não cabendo o juiz conhecê-las de ofício.

---

<sup>486</sup> “Il rapporto fra questioni di rito e questioni di merito non si può esaurire in un profilo di ordine. La sostanza della lite è ciò su cui si esercita la domanda social ed giustizia, ciò su cui si confrontano il torto e la ragione, ciò per cui è necessario l'intervento o sostitutivo del giudice. A nessuno sfugge l'importanza del rito e del método del contraddittorio ha rilevanza costituzionale: tuttavia, è do vero so ricordarsi che il rito ha una funzione soltanto strumentale ed è una condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria, che però tende alla risoluzione del conflitto sul merito.” (BIAVATI, Paolo. Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 1.302, mar. 2009).

Na realidade, essas questões formam um grupo minoritário, já que próprio fato de o processo pertencer ao ramo do direito público faz com que haja algum grau de interesse público na maioria nos casos.

Tanto é verdade que o artigo 301, parágrafo 4º, do CPC prevê que, dentre o rol de questões que podem ser alegadas na contestação, apenas o compromisso arbitral não pode ser conhecido de ofício, indicando que nos demais casos há algum tipo de interesse público.

Dito isso, passemos às hipóteses concretas, analisadas de modo exemplificativo.

### 3.9.1 Competência relativa

Existem regras processuais de competência em que prevalece o interesse particular dos litigantes e que se destinam a assegurar-lhes a melhor forma de acesso à justiça e da ampla defesa.

Assim, a competência relativa é uma questão processual que visa a atender primordialmente o interesse da parte, de modo que compete a ela suscitar seu descontentamento com a propositura da demanda em foro diverso, sob pena de haver a prorrogação da competência, nos termos do artigo 114 do CPC.

Os casos de competência relativa são territorial ou de foro, em razão do valor, geralmente regidos por lei de organização judiciária, na forma do artigo 91 do CPC, ou em razão do imóvel, nas hipóteses do artigo 95 do CPC, que permite ao autor a opção por um foro diferente.<sup>487</sup>

Dessa forma, o juiz não pode declarar de ofício a incompetência relativa<sup>488</sup>, sem que a parte se manifeste em juízo reivindicando a modificação da competência, nos termos do enunciado da Súmula n. 33 do STJ<sup>489</sup>, pois será deduzido que a escolha do autor não traz empecilhos e prejuízos processuais, de modo que pode permanecer.

Como se vê, são situações cujo ônus de impugnar compete exclusivamente ao réu, de modo que se não o fizer na forma e prazo previstos em lei (arts. 112, 304, 305 e 307), ter-se-á como aceita a escolha feita pelo autor.

---

<sup>487</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e competência*, cit., p. 101.

<sup>488</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-76.

<sup>489</sup> Súmula n. 33/STJ: “Incompetência relativa – Declaração de ofício – A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.” (24.10.1991, *DJ*, de 29.10.1991).

### 3.9.2 Convenção de arbitragem

A existência de convenção de arbitragem é um fato jurídico impeditivo da formação válida do processo, mas que depende da alegação do réu em contestação (art. 301, IX, do CPC), para que possa ter consequências no processo, como a sua extinção sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do CPC.

Trata-se, pois, de circunstância que se encontra no campo de disponibilidade das partes e a sua não arguição no momento adequado faz considerar que ambas as partes renunciaram à arbitragem como forma de solução do conflito, não cabendo ao juiz conhecer de ofício, havendo, inclusive, vedação expressa no artigo 301, parágrafo 4º, do CPC.

Apesar de o texto legal mencionar apenas a convenção de arbitragem, as mesmas consequências se aplicam ao compromisso arbitral. Tanto é assim que, no artigo 301, parágrafo 4º, a lei usa a expressão compromisso arbitral.<sup>490</sup>

Na realidade, a convenção de arbitragem é o gênero do qual decorrem duas espécies: o compromisso arbitral e a cláusula compromissória. A primeira ocorre quando as partes, diante de uma controvérsia concreta, acordam escolher o juízo arbitral para a solução da controvérsia, abdicando da atividade jurisdicional. Já a segunda é quando as partes convencionam que futuros conflitos oriundos de um negócio jurídico específico serão resolvidos pela arbitragem.<sup>491</sup>

Assim, compete ao réu, no prazo assinalado pela lei, alegar a existência de compromisso arbitral ou cláusula compromissória, objetivando a extinção do feito com fulcro no artigo 267, VII, do CPC, sob pena de revogação tácita da convenção de arbitragem.

### 3.9.3 Justa causa

---

<sup>490</sup> “Cabe aqui destacar que, embora o § 4º do art. 301 do CPC se refira unicamente ao compromisso arbitral, na verdade, por equívoco do legislador, não se fez também referência à cláusula compromissória. Assim, ambas as formas de convenção de arbitragem não poderão ser objeto de pronunciamento de ofício pelo julgador. Cabe às partes o debate sobre a existência ou não da arbitragem. Não o fazendo, tacitamente ter-se-á que ambas estariam renunciando à arbitragem.” (MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas questões de ordem pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4606/prequestionamento-nas-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 15 fev. 2014).

<sup>491</sup> “A cláusula compromissória é a convenção em que as partes resolvem que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem. Trata-se de cláusula projetada para o futuro e desvinculada de determinado conflito. É, pois, bem abrangente. O compromisso arbitral é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. É um contrato por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional, relativamente a uma controvérsia específica e

A justa causa representa as situações excepcionais que, diante do preenchimento de alguns critérios objetivos, autorizam a realização de atos processuais em momento diverso do prazo estabelecido. São circunstâncias que devem ser alegadas pelas partes, estando, pois, na esfera de disponibilidade de direitos.

A questão está prevista no artigo 183 do CPC<sup>492</sup>. São hipóteses que geralmente decorrem de caso fortuito ou força maior.

De qualquer forma, a lei fixa algumas exigências, sem as quais a justa causa não poderá ser admitida pelo magistrado: a) imprevisibilidade; b) involuntariedade; c) causalidade.<sup>493</sup>

Assim, uma vez comprovada a ocorrência de fatos que, diante dos referidos critérios, impediram o cumprimento do prazo pela parte, poderá o juiz flexibilizar e permitir a prática do ato processual no prazo em que assinalar.

Trata-se de situações excepcionais, mas nem por isso são ausentes do cotidiano forense, de forma a afastar a incidência da preclusão e garantir o exercício do ato processual pela parte.

### 3.10 Questões de direito material

Questões de ordem pública material devem ser entendidas como aquelas que se referem ao direito substancial, mas que podem ser conhecidas de ofício, diante do interesse público declarado pela lei ou pela própria jurisprudência.

São atos e fatos que se enquadram dentro da esfera de disponibilidade das partes e por isso, em regra, dependem da provocação delas para que surtam efeitos dentro do processo.

Entretanto, algumas dessas questões, embora pertençam ao direito material e sejam disponíveis, podem, em razão de política legislativa ou judiciária, passar a ser consideradas

---

não simplesmente especificável.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 341).

<sup>492</sup> “Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa. § 1º Reputa-se justa causa o evento imprevisto, alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º Verificada a justa causa o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.”

<sup>493</sup> “A justa causa é um conceito jurídico indeterminado utilizado para designar situações que a lei processual considera suficientemente relevantes para evitar que a preclusão temporal opere seus efeitos (CPC, art. 183, *caput* e §§ 1º e 2º). [...] Assim, vemos que a justa causa, para ser configurada, depende do preenchimento dos critérios de (a) imprevisibilidade; (b) involuntariedade; e (c) causalidade. Para que seja possível flexibilizar o prazo processual, deve a parte demonstrar que foi impedida de realizar o ato tempestivamente, em função de evento imprevisto, alheio à sua vontade e que tornou impossível a realização do ato no prazo legal.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: de acordo com o Projeto de novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 139-143).

“questões de ordem pública”, em razão de lhe ser atribuído certo grau de interesse público, capaz de justificar um tratamento processual diferenciado que permita o conhecimento de ofício pelo juiz durante o procedimento.

Ressalte-se que o fato de algumas matérias passarem a ter um tratamento jurídico distinto não implica na modificação de sua natureza jurídica, que continua sendo substancial, e não processual.

A hipótese mais emblemática é a prescrição, que sempre foi considerada matéria de direito privado, até que, com o advento da Lei n. 11.208/2006, a questão passou a integrar o artigo 219, parágrafo 5º, do CPC, autorizando o juiz a se pronunciar de ofício sobre ela.

Isso gerou intenso debate na doutrina sobre a possível alteração da natureza jurídica do instituto. Contudo, a prescrição continua pertencendo ao campo do direito material, embora atualmente, por razão de política legislativa, poder ser conhecida de ofício pelo magistrado. Tanto é assim que continua em vigor a possibilidade de renúncia da prescrição pelas partes, de forma expressa ou tácita, nos termos do artigo 191 do CC.

Registre-se que o Projeto de Novo CPC prevê a possibilidade de o juiz conhecer de ofício não só a prescrição, mas também a decadência, já existindo, inclusive, julgado nesse sentido<sup>494</sup>. Assim, se o Projeto for aprovado, ter-se-á outro assunto inerente ao direito material tendo o tratamento de questão de interesse público dentro do processo.<sup>495</sup>

Por sua vez, o controle das cláusulas contratuais<sup>496</sup> sempre decorreu de iniciativa dos litigantes, em razão de ser um direito disponível.

No entanto, o artigo 51 do CDC estabelece que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, tendo a jurisprudência passado a permitir que o juiz reconheça de ofício<sup>497</sup> a

<sup>494</sup> “Processual civil. Alegada violação do art. 535 do CPC. Omissão caracterizada. Retorno dos autos para julgamento completo dos embargos de declaração. 1. A teor da jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC, o que de fato ocorreu na hipótese em apreço. 2. A matéria apontada como omissa, qual seja, o termo inicial da prescrição, não foi objeto de análise no acórdão ora hostilizado; embora opostos embargos de declaração para suprir a omissão e ventilar a questão federal, foram rejeitados. 3. *Cumprе ressaltar que a jurisprudência firmou-se no sentido de que as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, nas instâncias ordinárias, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, ainda que alegadas em sede de embargos de declaração, não estando sujeitas a preclusão. Agravo regimental improvido.*” (STJ – AgR REsp n. 1.313.795 (2012/0050732-8)/MS, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.05.2012, DJe, de 29.05.2012).

<sup>495</sup> “Art. 497. Haverá resolução de mérito quando o órgão jurisdicional: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; [...]”

<sup>496</sup> Acerca das limitações do juiz no controle de cláusulas contratuais, ver: PRINCIGALLI, Anna Maria. *Poteri del giudice ed equilibrio contrattuale*. In: CASCIONE, Cosimo; GERMINO, Emilio; DORIA, Carla Mais (Orgs.). *Parti e giudici nel processo: dai diritti antichi all’attualità*. Napoli: Datura Editrice, 2006. p. 744.

<sup>497</sup> Sobre os limites da atuação judicial, ver: “[...] em demandas a respeito de contratos de consumo, a nulidade de cláusulas abusivas, à luz do Código de Consumidor, só poderá ser invocada como razão de decidir se o tema for efetivamente pertinente à demanda. [...] o litígio em matéria locatícia que versar sobre a infração ao

nulidade com base nas hipóteses de abusividade previstas nos incisos do dispositivo legal, afastando-as do contrato<sup>498</sup>, dando, pois, tratamento de “questão de ordem pública” à matéria.<sup>499</sup>

Cite-se, ainda, a questão da cláusula de eleição de foro. Nos negócios jurídicos envolvendo direitos disponíveis, as partes podem convencionar livremente sobre o local onde eventual controvérsia deverá ser dirimida, partindo-se da premissa de que melhor atende à facilidade do exercício da ampla defesa e cumprimento das obrigações.

Assim, existindo contrato com uma cláusula de eleição de foro, em caso de litígio, deverá o interessado ajuizar a demanda no local convencionado. Entretanto, caso isso não ocorra, competirá à parte prejudicada arguir, na forma prevista no CPC, a exceção de incompetência, visando deslocá-la para o foro inicialmente eleito, sob pena de ocorrer a prorrogação da competência no local inicialmente atribuído, nos termos do artigo 112 do CPC.

Contudo, em se tratando de contrato de adesão<sup>500</sup>, a lei processual excepcionou a regra da disponibilidade de escolha do foro pelas partes e estabeleceu a possibilidade de o juiz declarar de ofício<sup>501</sup> e declinar da competência para o juízo de domicílio do réu, conforme

contrato por desvio de finalidade não pode ter como julgamento o reconhecimento da nulidade da cláusula de garantia (por haver, v.g., fiador e depósito de aluguéis).” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 117).

<sup>498</sup> “Agravamento regimental. Contrato de financiamento. Exame de ofício. Art. 51, IV, CDC. Comissão de permanência. Limitação ao pacto. Honorários advocatícios. Fixação do valor em fase de liquidação. Reformatio in pejus. Impossibilidade. A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública. É lícito a cobrança de comissão de permanência no período da inadimplência, desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30), nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato (Súmulas nºs 294 e 296). A redistribuição da verba honorária reserva-se à liquidação da sentença, limitada a condenação ao quantum fixado pelo acórdão recorrido, em atenção ao princípio da reformatio in pejus.” (STJ – AgR Resp n. 645.902/RS, Terceira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.09.2004, DJU, de 17.12.2004).

<sup>499</sup> “Agravamento regimental. Contrato de mútuo. Capitalização anual. Exame de ofício. Art. 51, IV, CDC. - Possível a capitalização anual dos juros em contrato de mútuo. - A jurisprudência permite afastar, de ofício, as cláusulas abusivas com base no Art. 51, IV, do CDC, questão de ordem pública.” (STJ – AgR Resp n. 540.947/RS, Terceira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.09.2004, DJU, de 06.12.2004).

<sup>500</sup> “Admitir que o magistrado faça, ex officio (art. 51, CDC), exame da abusividade de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo (principalmente nos de adesão), permitir que ele nulifique a cláusula e permitir que ele decline ex officio da competência que surgiu em razão dessa cláusula nula, é aplicar e respeitar os princípios constitucionais da isonomia, do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes.” (NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 693, p. 115, jul. 1993).

<sup>501</sup> A respeito do artigo 112 do CPC, alterado pela Lei n. 11.280/2006, entendendo não se tratar de competência absoluta a regra da competência territorial em razão de poder ser conhecida de ofício pelo juiz, ver: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 50.

alteração legislativa oriunda da Lei n. 11.280/2006, que incluiu o parágrafo único no artigo 112 do CPC.<sup>502</sup>

Do mesmo modo, pertencem ao direito substancial os temas da correção monetária e juros de mora<sup>503</sup> e da impenhorabilidade de bem de família<sup>504</sup>, apesar de a jurisprudência ter passado a qualificá-los como questões de ordem pública, permitindo que o magistrado os conheça de ofício.

Entretanto, repita-se, o fato de a lei ou a jurisprudência passar a dar a algumas matérias o tratamento de “questão de ordem pública” para admitir o reconhecimento de ofício pelo magistrado, não tem o condão de transformar a natureza jurídica dessas matérias, que continuam sendo de direito substancial.

Sendo assim, questões relacionadas à compensação (arts. 368 a 380 do CC), pagamento (arts. 304 e ss. do CC), direito de retenção (art. 1219 do CC), exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC), resolução contratual por onerosidade excessiva (art. 478 do CC) e outras causas de extinção, modificação ou impedimento do direito do autor, também constituem circunstâncias de direito privado, sem prejuízo de que a lei ou a jurisprudência, por questão de conveniência política, passe a atribuir caráter cogente às referidas matérias, da mesma forma como ocorreu com a prescrição e com as cláusulas abusivas em relação de consumo.

---

<sup>502</sup> “Art. 112. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.”

<sup>503</sup> “Processual civil e administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Servidores públicos estaduais. Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros de mora devidos pela Fazenda Pública. Lei nº 11.960/2009, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso quando da sua vigência. Efeito retroativo. Impossibilidade. Entendimento firmado no julgamento do REsp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC. 1. O STJ, por meio da corte especial, quando do julgamento do REsp 1.205.946/SP, sob o rito do art. 543-c do CPC, de minha relatoria, na assentada de 19/10/2011, firmou entendimento segundo o qual ‘a Lei nº 11.960/09 é norma de natureza eminentemente processual, que deve ser aplicada de imediato aos processos pendentes’, e que ‘é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei nº 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. *Isso porque a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública*’. 2. Não se admite, na via do agravo regimental, a inovação argumentativa com o escopo de alterar a decisão agravada. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgR AREsp n. 131.301/SP, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 15.05.2012, DJe, de 24.05.2012).

<sup>504</sup> “Civil. Bem de família. Questão de ordem pública. Súmula nº 7. Devedor solitário. Configuração Possibilidade. - A impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública pode ser argüida até o fim da execução, mesmo sem o ajuizamento de embargos do devedor. - A revisão da destinação familiar do imóvel penhorado implica reexame de prova, que não se admite, nessa instância, pela incidência da Súmula nº 7. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1 da Lei n 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (STJ – REsp n. 222823/SP, 3ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.11.2004, DJU, de 06.12.2004).



## 4 O REGIME JURÍDICO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL

### 4.1 Evolução histórica do tratamento das questões de ordem pública

O tratamento das questões de ordem pública nunca foi uniforme, tendo acompanhado os novos contextos processuais que, de tempos em tempos, sofreram modificações ideológicas, científicas e pragmáticas.

Na época em que o processo civil era tratado como acessório do direito material, as questões de ordem pública processual consistiam basicamente em um simples meio de se levar as controvérsias ao Poder Judiciário, situação que retirava tanto a importância do processo na solução do conflito, como também a relevância de suas formalidades para o processo decisório. Com a autonomia do direito processual, esse panorama se alterou, para conferir ao processo uma legitimação própria e necessária à formação da decisão judicial.

A origem e os fundamentos da ordem pública ganharam relevância para o processo civil somente a partir do século XIX, ocasião em que se consagrou a autonomia da referida ciência jurídica, antes considerada apenas como parte integrante do direito material.<sup>505</sup>

Desde então, qualquer referência à ordem pública deve estar atrelada à própria evolução histórica do sistema processual<sup>506</sup>, permitindo a identificação dos meios disponíveis para o alcance do estado de coisas que se busca e dos obstáculos que devem ser superados para tal fim.

Como reflexo, suas regras passaram a ser mais valorizadas e exigidas na relação jurídica processual, ensejando um formalismo que durante décadas foi considerado sinônimo de segurança jurídica.

Contudo, esse panorama levou a um nível de rigidez formal insustentável, quase que comprometendo a função primordial do processo, que consiste na técnica capaz de alcançar uma prestação jurisdicional completa e justa.

Esse distúrbio funcional do processo passou a ser diagnosticado na década de 1980, quando então os processualistas começaram a questionar e a fornecer alternativas criativas

---

<sup>505</sup> Sobre a evolução do direito processual, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 259-262.

<sup>506</sup> “As primeiras disposições legais acerca do processo civil datam de 1832, ocasião em que foi promulgado o Código de Processo Criminal do Império contendo como título à parte a ‘Disposição provisória acerca da administração da justiça civil’. O escopo dessa disposição, como se infere de seus 27 artigos, era o de transformar o processo civil num instrumento menos complicado e mais flexível, eliminando atos e formalismos desnecessários e recursos excessivos, tudo para favorecer uma prestação jurisdicional mais racional e célere e menos dispendiosa [...]” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 178).

para essa realidade. Ressalte-se que, nesse momento, entrava em vigor a Constituição da República de 1988 e se iniciava um novo constitucionalismo, que irradiou sua ideologia a todos os ramos do direito. Essa evolução da ciência do direito também afetou a ciência processual e, por consequência, seus diversos institutos.

No processo civil, o efeito do neoconstitucionalismo fez com que o processo fosse sacramentado como o instrumento constitucional de acesso à justiça e de resolução de conflitos, ao mesmo tempo que condicionou a sua legitimidade ao atendimento de princípios e regras componentes da cláusula do devido processo legal.

Isso afetou o formalismo cético até então existente, ensejando um modelo processual mais adequado e proporcional às exigências e aos atuais parâmetros constitucionais.

No que tange às questões de ordem pública, elas só passaram a ter relevância para o processo com a instituição dos pressupostos processuais por Oscar von Bülow, em 1868<sup>507</sup>. Esse foi o marco inicial para o estudo do tema.<sup>508</sup>

Posteriormente, com o estabelecimento das condições da ação, elas também passaram a integrar o rol das regras processuais denominadas de ordem pública.

Assim, os pressupostos processuais e as condições da ação consistiam no que podia ser entendido como intransponível no processo, cujo resultado era o reconhecimento imediato do vício pelo juiz, inclusive de ofício, gerando, entre outras consequências, a decretação de nulidade absoluta do ato ou a extinção do processo sem a resolução do mérito.

Na prática forense, essa equação era seguida à risca, especialmente pelos juízes, que viam na extinção anômala do processo a comprovação máxima de seus conhecimentos jurídicos.

Contudo, com a evolução do direito processual e a desmistificação do formalismo excessivo, houve reflexos diretos na rigidez das regras e em sua aplicação, inclusive nas tidas como indisponíveis.

---

<sup>507</sup> “Em poucas palavras, eis a síntese do que se procurou expor no presente trabalho: 1. Os pressupostos processuais foram sistematizados por Oskar von Bülow e diziam respeito unicamente à existência do processo. 2. Ulteriormente, quando os olhos dos processualistas passaram a se voltar ao objeto do processo e não mais a seu nascimento, consolidada que estava sua autonomia, os pressupostos processuais passaram a abranger questões atinentes à validade do processo, chegando à categoria, na doutrina alemã (e também mais recentemente na italiana), a ser alargada a ponto de abarcar todos os requisitos condicionantes do julgamento de mérito. Evidentes problemas terminológicos surgiram de referido alargamento e a doutrina voltou seus olhos a esses problemas deixando de lado a efetividade do processo.” (BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil: uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 214, p. 115, dez. 2012).

<sup>508</sup> O processo civil contemporâneo também foi moldado por Franz Klein, na reforma legislativa austríaca de 1895, e possibilitou medidas em nome do princípio da economia processual, como a modificação da demanda após a citação, a correção dos vícios de forma e a direção do processo pelo juiz (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 97-98).

Além disso, outras hipóteses passaram a ser inseridas na qualidade de ordem pública e ainda assim sofreram diferentes tratamentos pela doutrina e pela jurisprudência. Daí surge a pergunta: por que o nosso ordenamento passou a aceitar e qualificar tantos casos como sendo de ordem pública e porque eles também não foram suficientes para estabelecer um padrão mínimo de enfrentamento com soluções idênticas?

Com efeito, na prática, é fácil notar que em um mesmo tribunal uma questão de ordem pública pode ser tratada de maneiras distintas, o que, em uma análise superficial, ensejaria a conclusão precipitada de insegurança jurídica.

Porém, a transformação do formalismo desencadeou outra perspectiva, com os seguintes resultados: a) as regras processuais passaram a ser vistas com uma dimensão mais apropriada à sua finalidade concreta, que é a servir de instrumento para a adequada prestação jurisdicional e composição dos conflitos sociais; b) passou-se a admitir que formalismos antes insuperáveis fossem flexibilizados, para atender aos escopos do processo contemporâneo; c) houve, ainda, mudança de mentalidade, para se buscar a prevalência da decisão de mérito; d) enquanto as tradicionais questões de ordem pública começaram a ser discutidas, outras questões passaram a ser consideradas como hipóteses de ordem pública; e) o sistema das nulidades processuais precisou se amoldar a essas reformulações históricas.

Porém, se por um lado persegue-se ao máximo uma conformação do processo e de seus efeitos aos novos parâmetros constitucionais, por outro, a inserção da flexibilização de regras processuais e o incremento do rol de questões consideradas de ordem pública ocasionou um aparente descontrole jurídico, especialmente diante das atuais oscilações doutrinárias e jurisprudenciais sobre as questões de ordem pública.

Esses fenômenos envolvendo as questões de ordem pública no processo civil acabam gerando uma notória dificuldade de compreensão e aplicação do assunto no cotidiano forense, mormente em razão das diferentes formas de enfrentamento desses temas pelos operadores do direito, inclusive pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A resposta para esses dilemas está na mudança do grau de disponibilidade das regras processuais. Enquanto algumas passaram a um interesse público mais elevado, com maior indisponibilidade, outras, por sua vez, perderam essa qualidade e tiveram reduzido o interesse público então considerado.

Na verdade, o grau de interesse público de uma questão processual deve ser avaliado de forma proporcional ao caso concreto.

Desse modo, o que se tem é a modulação da imperatividade normativa às circunstâncias apresentadas concretamente, seja em razão do grau de interesse público

envolvido, seja em razão das especificidades do caso sob a análise judicial, a indicar a necessidade ou não de um tratamento mais adequado, inclusive em razão dos riscos de prejuízo.

Registre-se que a eventual maleabilidade da norma processual cogente não se confunde com as noções de fungibilidade ou de flexibilização procedimental e nem superação de um vício processual, mas está relacionada ao interesse público envolvido, a justificar uma disposição normativa própria, mais branda.

Assim, o que se tem é o sistema processual, de modo inconsciente, trazendo a adequada conformação do direito aos casos concretos, ainda que para tanto seja necessário dar caminhos diferentes a situações parecidas. Essa é a maior expressão do que se reconhece como sendo o processo justo, capaz de identificar, caso a caso, a melhor solução, e não simplesmente aplicar à hipótese em apreço os mesmos parâmetros de outros casos.

Não se está aqui incentivando o tratamento desigual. Ao contrário, defende-se que o discurso de que o julgamento do vizinho deve ser igual não mais se sustenta em nossa realidade científica e empírica. Trata-se de um tabu que pertence a outra realidade.

Por sua vez, são absolutamente louváveis todas as técnicas<sup>509</sup> que se pretende implementar em nosso ordenamento para racionalizar decisões e otimizar julgamentos. São saídas de política legislativa ou judiciária que não devem ser confundidas e nem comparadas com a sensibilidade jurídica inerente à própria ciência do direito, sob pena de transformá-la em equação matemática capaz de ser resolvida até por sistemas avançados de informática.

Assim, embora a inserção de novas técnicas jurídicas de racionalização da atividade judiciária seja absolutamente legítima, ela deve ser aplicada com as cautelas e particularidades do nosso sistema processual, para garantir uma justiça melhor. Ademais, elas não podem querer substituir os avanços qualitativos da ciência processual, resultado de uma evolução ideológica e processual e frutos de uma natural mudança cultural, política e jurídica.

Nesse passo, a segurança jurídico-processual<sup>510</sup> deve ser proporcionada, tanto nas hipóteses de necessária observância de precedentes, como nos casos em que o interesse

---

<sup>509</sup> “A técnica processual tem dois grandes objetivos: a) conferir segurança ao instrumento, no sentido de proporcionar absoluta igualdade de tratamento aos sujeitos processuais, possibilitando influir substancialmente no resultado; b) garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer no ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 79).

<sup>510</sup> “Pois bem, apesar de serem aspectos da segurança jurídica até certo ponto comuns na doutrina do direito público, por outro lado vê-se que, tradicionalmente, sempre se tratou do tema da segurança como se o Estado, ao procurar atribuir estabilidade ao conteúdo dos atos pretéritos, necessariamente perdesse sua capacidade de reagir de maneira flexível e adaptável a novas realidades. Esta forma ortodoxa de conceber a segurança descrevia-a como algo incompatível com a mudança. Contudo, o tratamento da segurança jurídica não se

público indicar a necessidade de solução distinta para uma melhor e mais adequada prestação jurisdicional, até para dar continuidade à sua evolução jurídica.

Isso porque, além de o interesse público variar de acordo com o tempo e espaço em que se observa, trazendo consigo uma perspectiva dinâmica, o próprio caso concreto pode trazer intensidades e finalidades que demandem opções por técnicas diferenciadas, para que estas últimas não sejam excessivas ou insuficientes somente para resguardar uma aparência de segurança jurídica, ainda que material ou formalmente desproporcional.

Como se observa, estamos vivenciando um momento de transição científica em que, por um lado, busca-se a padronização de julgados e de condutas, e, de outro, há uma latente mutação processual, para se buscar uma prestação jurisdicional adequada, justa e efetiva a cada caso concreto.

Nesse contexto, há de se prestigiar a forma com que o sistema jurídico tem tratado as questões de ordem pública, multiplicando as suas hipóteses de incidência, de acordo com a circunstância apresentada e, ao mesmo tempo, flexibilizando os seus tradicionais efeitos.<sup>511</sup>

Destarte, a constatação inicial de que as questões de ordem pública, em uma perspectiva acadêmica, se limitavam aos pressupostos processuais, condições da ação e requisitos específicos de admissibilidade e recursais, bem como, para alguns doutrinadores, as nulidades processuais, está sendo aos poucos substituída pela inclusão de outras questões de variados graus de interesse público. Assim, mais importante do que rotular formalmente as questões de ordem pública, é garantir a sua adequada e racional aplicação.

Com efeito, a análise das questões de ordem pública e de sua sistemática processual deve acompanhar a evolução da teoria da instrumentalidade das formas, já que mais importante do que identificar a causa é estabelecer as consequências processuais adequadas aos seus fins. O processo contemporâneo utiliza as formas e formalidades a seu favor, e o controle dos defeitos deve servir para tentar salvar o processo, e não para invalidá-lo.

---

compadece mais com uma abordagem estática, típica do formato da segurança-imutabilidade, que se baseia nos referenciais de 'inalterabilidade', 'indiscutibilidade', 'imunização', 'intangibilidade'. Hoje em dia, o Estado de Direito precisa atuar a segurança jurídica com maior flexibilidade, permitindo proteção do conteúdo estável, mas acomodando novos elementos que se mostrem relevantes e necessários para a mudança. E assim deve ocorrer também quando o Judiciário lida com posições jurídicas consolidadas. Na atualidade, portanto, o formato mais adequado para a segurança jurídica é a *segurança-continuidade*." (CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 221, p. 25-26, jul. 2013).

<sup>511</sup> Sobre a garantia da estabilidade na mudança: "[...] as manifestações de incerteza tornaram possível manter a noção de ordem pública extremamente flexível impedindo que a consolidação (quando havida) de referenciais para a sua aplicação leve a uma estabilização ou sedimentação do conceito de ordem pública." (RIBEIRO, Maurício Moura Portugal, *O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar: périplo do paradigma de dogmática contratual pós-napoleônica*, cit., p. 156).

Sendo assim, é consequência lógica da jurisdição proporcionar uma resposta de mérito aos jurisdicionados e não virar refém das regras de processo, de modo que eventuais defeitos processuais devem ser, sempre que possível, corrigidos, e o quanto antes, a fim de que o processo possa ter seu regular desenvolvimento. Como se vê, à ideologia do processo foram agregados os valores da efetividade<sup>512</sup> e da duração razoável.<sup>513</sup>

Não obstante, as questões de ordem pública ganham outra dimensão, na medida que as instâncias vão sendo ultrapassadas. Isso não faz com que as questões passem a ser mais disponíveis, mas demonstra a importância da fase do procedimento para os atos processuais e seus efeitos preclusivos.

Portanto, resta analisar com mais profundidade o tratamento conferido às questões de ordem pública e de interesse público, bem como seus demais reflexos processuais.

#### 4.2 O juízo de admissibilidade

A cognição do magistrado durante o procedimento pode dar-se em relação às questões prévias e em relação às questões de fundo<sup>514</sup>. Na primeira, o juiz analisa a regularidade dos atos e do procedimento, para fins de saneamento do feito, cuja atividade se denomina juízo de admissibilidade. Já na segunda, o julgador examina as questões meritórias e resolve em definitivo a lide, denominado juízo de mérito.

O juízo de admissibilidade consiste na análise judicial da presença dos requisitos de cada ato processual, bem como do procedimento como um todo, objetivando afastar eventuais defeitos e se alcançar o exame do mérito<sup>515</sup>. Trata-se de importante filtro processual,

<sup>512</sup> Dispondo sobre o que seria um “programa básico” da campanha em prol da efetividade, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

<sup>513</sup> “*Certo, non è mia intenzione assumere una prospettiva unilaterale che, per ciò solo, risulterebbe in soddisfacente. Il principio di ragione vole durata non opera in modo isolato, ma nel quadro costituzionale di un processo giusto (e quindi, con la corretta applicazione del diritto), svolto nel pieno rispetto del contraddittorio, governato da un giudice terzo ed imparziale. Non si tratta neppure di svuotare la regola iura novit curia, quase imponendo alle corti di dimenticare le norme, pur di arrivare a decidere presto. Il punto è in vece quello di una ragione vole selezione dei tempi e dei momenti di intervento officioso del giudice nel sollevare le questioni e di costruire una corretta policy che tenga conto delle esigenze complessive del sistema. Se il rilievo d’ufficio di questioni di diritto sostanziale è ineludibile, perché collegato strutturalmente alla giustizia della decisione di merito, diverso mi sembra l’atteggiamento che il giudice deve tenere nell’applicare le regole del gioco, vale a dire le disposizioni processuali.*” (BIAVATI, Paolo, *Appunti sulla struttura della decisione e l’ordine delle questioni*, cit., p. 1.322).

<sup>514</sup> Acerca da relevância prática da distinção entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, especialmente para fins de interposição de ação rescisória, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 135.

<sup>515</sup> “O ato jurídico inicial pode ser válido e, ainda assim, ser decretada a inadmissibilidade do procedimento. É que, conforme visto, a validade de um ato-complexo pode ser investigada durante toda a execução desse ato,

responsável por garantir a regularidade do procedimento, em benefício da boa administração da justiça e do equilíbrio das partes, legitimando a prestação jurisdicional.

Quanto à sua natureza jurídica, ela poderá ser declaratória ou constitutiva negativa, conforme o juízo de admissibilidade for positivo ou negativo, respectivamente.<sup>516</sup>

O juízo de admissibilidade é exercido pelo juiz, sem prejuízo de as partes poderem indicar o vício, para provocar a manifestação judicial.

Por sua vez, o estudo acerca do juízo de admissibilidade envolve o seu momento, forma, objeto e consequências processuais.

Com efeito, a eficiência do juízo de admissibilidade está diretamente ligada ao momento em que é exercido, já que quando mais cedo forem detectadas as irregularidades processuais, mais aproveitamento se terá do processo, evitando-se atos inúteis decorrentes de um controle tardio.<sup>517</sup>

Ademais, a forma e o momento de alegação do defeito processual dependerão do tipo de questão envolvida e do interesse público a ela inerente, aplicando-se de modos diferentes para as partes e para o juiz.

Além disso, as consequências processuais e sua extensão dependerão da gravidade do defeito detectado, bem como de sua repercussão na cadeia procedimental. Os reflexos do juízo de inadmissibilidade em relação ao ato ou ao procedimento<sup>518</sup> são tratados pela teoria das nulidades processuais, que prevê sanções variáveis, mas que podem eventualmente comprometer o alcance de uma pronúncia de mérito.

que é composto de vários atos. Mas somente comprometerão o procedimento, e por isso podem ser considerados requisitos processuais, os fatos que digam respeito à demanda originária: relacionados ao autor, ao juízo ou ao objeto *litigioso*. Nem todo ato processual defeituoso pode implicar o juízo de admissibilidade do processo: é preciso que o defeito deste ato impeça que o *objeto litigioso* seja apreciado – e isso só acontece quando o ato processual está dentro da cadeia de atos do procedimento principal, estruturado para dar resposta ao quanto foi demandado. Se não compromete a apreciação do mérito do procedimento principal, não pode ser considerado requisito de validade do processo: ou será um requisito de validade do ato processual isoladamente considerado, ou será um requisito de admissibilidade de um procedimento incidental ou recursal.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 108).

<sup>516</sup> “Diante do que foi exposto, adota-se o seguinte posicionamento sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade: a) se *positivo*, será um juízo declaratório da eficácia, decorrente da constatação da validade do procedimento (aptidão para prolação da decisão sobre o objeto posto sob apreciação); b) se *negativo*, será um juízo constitutivo negativo, em que se aplica a sanção da inadmissibilidade (invalidade) do ato-complexo, que se apresenta defeituoso/viciado.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 41).

<sup>517</sup> “O controle da regularidade do processo deve ser realizado logo no início (arts. 284 e 295 do CPC), ou imediatamente após a resposta (arts. 327 e 329). No máximo, na audiência preliminar (art. 331). É dever do juiz fazê-lo o mais breve possível, contribuindo, assim, para a realização prática do princípio da operosidade.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 57).

<sup>518</sup> “Eis, portanto, as conclusões parciais a que se chega: (a) o procedimento submete-se ao juízo de admissibilidade; b) o juízo de admissibilidade é o juízo sobre a validade do ato-complexo procedimento; c) a

Por fim, serão analisados outros reflexos do juízo de admissibilidade dentro do processo.

#### 4.3 Os poderes do juiz e o juízo de admissibilidade

A importância do papel do juiz no desenvolvimento do processo tem sido cada vez mais assimilada em nosso ordenamento, ensejando relevantes modificações legislativas, para conferir-lhe maiores poderes de gestão, o que, por sua vez, acaba provocando significativas alterações na dinâmica processual. Trata-se, na realidade, de uma tendência mundial, já que países pertencentes à categoria da *civil law* e da *common law* vêm incrementando os poderes do magistrado na condução processual.

O poder gerencial do juiz está previsto no artigo 125 do CPC, que estabelece a possibilidade de o juiz dirigir o processo<sup>519</sup>, visando à igualdade de tratamento, a celeridade, o controle a atos contrários à dignidade da justiça e a efetividade do processo.<sup>520</sup>

Dito isso, tem-se que compete ao juiz impulsionar o processo e fiscalizar a sua condução, de modo a resguardar a observância das garantias processuais e a proporcionar a entrega da prestação jurisdicional.<sup>521</sup>

---

inadmissibilidade é sanção que se aplica ao procedimento defeituoso.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 28).

<sup>519</sup> Sobre o assunto, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 208, p. 275-294, jun. 2012.

<sup>520</sup> NCPC: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazo prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes do início do prazo regular.”

<sup>521</sup> “*La lesione di método è che il diritto processuale (qui, la rilevabilità d’ufficio della questione di giurisdizione) richiede sempre un’interpretazione costituzionalmente orientata, che fa per no sui precetti (perché di precetti normativi di tratta) del giusto processo e dela sentenza giusta, dell’efficace tutela dei diritti, del contraddittorio, dela ragione vole durata. Nihil novi sub sole: ma troppi istituti sopravvivono, senza essere stati investiti da un profondo ripensamento. Vediamo i corollari. Il primo è che la nozione di giudicato implicito acquista maggiore complessità e quindi minore facilità di applicazione. Il secondo è che il giudice deve seguire l’ordine logico-giuridico delle questioni, come condizione per acquisire, anche sulle questioni non apertamente discusse, l’efficacia del giudicato implicito. Il terzo è che la ‘progressione logica’ riguarda solo il rapporto fra questioni di rito e questioni di merito e non anche fra diverse questioni all’interno del*



Assim, a ordem pública processual, entendida como técnica do controle adequado e tempestivo das irregularidades e do desenvolvimento do processo, tem o juiz como principal protagonista, já que ele tem o dever de dirigir o processo e de atentar para a ocorrência de obstáculos que possam macular o ato ou o procedimento e, por conseguinte, afastá-los o quanto antes do processo, permitindo a entrega integral da tutela jurisdicional.

Isso porque a ordem pública se manifesta justamente pelo arbítrio da autoridade em prol do interesse geral, daí a necessidade de o juiz exercer uma correta e tempestiva atividade gerencial do processo, identificando a cada ato processual os possíveis defeitos e irregularidades capazes de viciar o procedimento. Ademais, o juiz tem o dever de esclarecer e justificar seus atos, permitindo a ciência e a defesa pelos envolvidos ou interessados.

Por sua vez, esse controle da ordem pública processual pelo juiz se intensifica, na medida que o interesse público envolvido na questão for maior, decorrendo daí a dosagem das consequências aplicadas pelo magistrado, que devem ser equilibradas e proporcionais à relevância do vício para o processo.

Deixe-se assente que as partes também podem controlar a regularidade e o desenvolvimento processual. Contudo, o fazem em prol de seus próprios interesses, o que limita a credibilidade, diante da inevitável parcialidade de seus atos. De qualquer modo, todos os integrantes da relação jurídica processual são responsáveis pelo estado de ordem pública dentro do processo.

O juízo de admissibilidade, portanto, é a cognição exercida pelo magistrado das questões capazes de comprometer o alcance do exame meritório, sendo que deve ser ocorrer a cada ato processual e também durante todo o procedimento.

#### **4.4 Questões de ordem pública e cognição de ofício pelo juiz**

A identificação e o tratamento das questões de ordem pública sempre foram atrelados à possibilidade de cognição de ofício pelo juiz porque, tanto no caso de questões de ordem pública, quanto no de questões de interesse público, exige-se uma atenção e um dever de reconhecimento no primeiro momento processual pelo magistrado, para que haja o quanto antes um pronunciamento judicial.

---

*giudizi di merito. Il quarto, forse il più interessante, è che non vi è nessuna sanzione per il giudice che decida in base 'all'evidenziata una soluzione', se non quella del rischio dell'impugnazione e della possibilità che il giudice superiore sollevi vi d'ufficio determinate questioni di rito." (BIAVATI, Paolo, Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni, cit., p. 1.311).*

O fato é que essa relação entre a questão de ordem pública e a atividade de cognição de ofício pelo juiz nem sempre se confirma, e elas não devem ser confundidas.<sup>522</sup>

Com efeito, as questões de ordem pública são aquelas cujo interesse público envolvido é elevado, a ponto de justificar uma intervenção corretiva do juiz, em nome da boa administração da justiça.<sup>523</sup>

Já as questões cognoscíveis de ofício, embora geralmente apresentem boa dose de interesse público, podem ser criadas para atender à política legislativa ou judiciária, não se identificando, necessariamente, com o conteúdo e densidade das questões ou matérias afetas à ordem pública processual.

Dessa forma, uma matéria que hoje é tratada como direito disponível, pode amanhã passar a integrar o rol de questões cognoscíveis de ofício, o que não terá o condão de transformá-la em uma questão em matéria de ordem pública, mas apenas o magistrado a ela confere um tratamento diferenciado.

Registre-se que essa maleabilidade política em relação à abrangência de situações cognoscíveis de ofício, embora aparente sugerir uma insegurança jurídica, na verdade modela o sistema processual de acordo com as novas tendências e necessidades sociais, sendo, pois, relevante para o bom funcionamento da justiça.<sup>524</sup>

Com efeito, as novas técnicas de efetividade decorrentes da evolução do próprio direito processual, o poder criativo do juiz para adequar o princípio da instrumentalidade às particularidades do caso concreto, e ainda as modificações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias são fatores que servem para oxigenar a ciência processual, permitindo a sua constante adaptação e atualização aos anseios sociais e jurídicos.

---

<sup>522</sup> “Nessa perspectiva, a cognição sobre questões de ordem pública e a cognição que o magistrado pode realizar por ato espontâneo configuram fenômenos diferentes. Se é fato que as matérias de ordem pública podem ser examinadas de ofício, o inverso não se verifica, ao contrário. Muito poucas das atividades que se realizam de ofício possuem traços próprios da ordem pública. Ser ou não apreciada de ofício, ao que tudo indica, decorre exclusivamente de política legislativa, eis que a grande variedade destas hipóteses nem sequer apresenta traços comuns, que permitam extrair razões desta classificação.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 114-115).

<sup>523</sup> “A questo proposito (e ripetendo ciò che rammentavo in un incontro di studi, in questa medesima sede, pochimesi da), è sempre utile rilegger el’art. 1 delle Civil procedure rules inglesi del 1998, che ricorda come il giudice deve governare il processo in modo da ‘dealwith cases justly’. È forse questa la chiave per passare da in approccio di rigorosa logica giuridica, ad in altro diverso, che, senza negare le norme, ante ponga lo scopo di offrire ai citta di niina giustizia credibile.” (BIAVATI, Paolo, *Appunti sulla struttura dela decisione e l’ordine dele questioni*, cit., p. 1.323).

<sup>524</sup> “Entrambe le pronunce citate all’inizio di questo studio contemplano la necessità di circoscrivere i poteri ufficiosi del giudice in materia di giurisdizione in applicazione della regola del precetto costituzionale della ‘ragione vole durata del processo’ di cui all’art. 111 cost., ritenendo quest’ultimo prevalente anche sugli altri precetti costituzionali che possano ocasionare la pronuncia d’illegittimità da parte del giudice delle leggi riguardo alle norme sulla giurisdizione (arg., in ispecie, dagli artt. 25 e 102 cost.)” (BARLETTA, Antonino. I limiti al rilievo d’ufficio del difetto di giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 1.197, mar. 2009).

Um exemplo disso foi o que ocorreu com a prescrição, que antes constituía matéria que dependia de arguição pela parte interessada, e que com o Código Civil de 2002 passou a poder ser conhecida de ofício. Ora, esse poder cognitivo dado ao juiz em razão de política legislativa não tornou a prescrição uma questão de ordem pública, ou seja, aquela em que há um efetivo comprometimento do desenvolvimento do processo, e tanto é assim que ainda cabe a renúncia, embora ela passasse a ser inserida em um regime jurídico diferenciado.

Portanto, o poder de cognição de ofício de certas matérias pelo juiz não se confunde com as questões de ordem pública processual e não transforma estas últimas naquelas.

#### 4.5 Momento

Quando se fala em momento de atuação do juiz quanto às questões processuais, tem-se que ter em mente duas situações: a primeira é que, na prática forense, nem sempre o controle dos defeitos processuais é exercido de modo tempestivo; e a segunda é a falsa afirmativa de que essas questões poder ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

No primeiro caso, ou seja, na necessidade de o juiz controlar o quanto antes a regularidade processual, há de se ponderar as particularidades do nosso Poder Judiciário. Isso porque o volume de processos tem se multiplicado a cada ano, impossibilitando uma análise adequada dos atos processuais, a começar pela petição inicial, cujo controle imediato nem sempre é feito de modo satisfatório, em razão da quantidade de processos pendentes de apreciação, sendo mais cômodo para o juiz deixar que a parte contrária aponte as irregularidades na peça de defesa e passando uma falsa sensação ao autor de que a sua provocação à atividade jurisdicional se deu de forma correta, ou pior, pode induzir o entendimento de que houve uma decisão implícita quanto à existência dos requisitos processuais, quando na verdade não existiu.

Após a apresentação da defesa pelo réu e a indicação das questões processuais a serem analisadas, o juiz muitas vezes acaba dando prosseguimento nas demais etapas do procedimento, sem eliminar os possíveis defeitos, porque uma decisão saneadora requer um tempo de dedicação específica a um só processo que o julgador geralmente não dispõe, preferindo exercer toda a sua concentração em um único momento, qual seja, na sentença, oportunidade em que a atividade jurisdicional do juiz de primeiro grau se encerra.

Contudo, quando as referidas questões processuais são afastadas, o prejuízo às partes é menor, já que permite o avanço do procedimento até a pronúncia do mérito. Em contrapartida, no caso de acolhimento de alguma dessas questões, prejudicará todas as atividades que foram

inutilmente desenvolvidas devido ao descumprimento pelo juiz de seu dever de controle tempestivo da regularidade do processo.

Assim, observa-se que, na prática forense, seja por impossibilidade ou por incapacidade técnica, os juízes acabam prorrogando a análise da regularidade do processo, permitindo que ele caminhe por diversas fases, sem o adequado e necessário controle, o que muitas vezes pode acarretar desperdício de tempo de todos os envolvidos, aumento de custos e insatisfação dos jurisdicionados, comprometendo, inclusive, a credibilidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, em sede de petição inicial, o juiz deverá verificar se o autor preencheu os requisitos estabelecidos nos artigos 282 e 283 do CPC, a adequação do procedimento escolhido, bem como a presença de outros pressupostos de validade e desenvolvimento do processo. Em caso negativo, oportunizará a emenda à inicial para suprir as irregularidades ou ausências, conforme o artigo 284 do CPC, sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do artigo 295 do CPC.<sup>525</sup>

Estando o feito em ordem e prosseguindo-se com a citação do réu, o magistrado deverá observar a tempestividade e demais requisitos da contestação, sendo que nesse ato o réu deverá apresentar as questões prévias e extintivas do direito do autor, estabelecidas no artigo 300 a 302 do CPC, até porque muitas delas são passíveis de preclusão, caso não alegadas nessa ocasião, em razão do princípio da eventualidade.

Após, o juiz segue a fase das providências preliminares previstas nos artigos 323 a 328 do CPC. Em sendo caso de réplica, ou após decorrido o prazo para a prática de tal ato, deverá o juiz proferir a decisão saneadora.<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> “Sucedee que também é possível o indeferimento da petição inicial com julgamento de mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. Trata-se de decisão que analisa o mérito da causa, apta, portanto, a ficar impune pela coisa julgada. Exemplo que se encontra no direito positivo e o do reconhecimento *ex officio* da decadência legal (art. 210 do CC-2002) e da prescrição em favor de incapaz (art. 194 do CC-2002). O art. 295, IV, do CPC é claro ao admitir o indeferimento da petição inicial pelo reconhecimento da decadência ou da prescrição, situações que, por força do art. 269, IV, do CPC, importam resolução do mérito da causa. Há aqui, de fato, certa antinomia entre esses dispositivos e o art. 267, I, que prescreve o indeferimento da petição inicial como hipótese de decisão sem exame de mérito. Prevalece, no entanto, a regra: o reconhecimento da prescrição e da decadência é análise de mérito, mesmo que tenha sido feito liminarmente.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 304).

<sup>526</sup> “Tanto o artigo *despacho saneador* de 1939 – tão justamente decantado pelo progresso imprimido aos processos, quanto à brevidade, economia e probidade, pelo menos teoricamente, mas que, paulatinamente, se foi aperfeiçoando e realizando seus objetivos visados –, como as *providências preliminares* de 1973, ambos os institutos têm por alvo realizar um dos postulados da luta forense para atingir o ideal de justiça – individual ou social: o mínimo de formalismo para não empecer o desfecho da causa no seu mérito. Desde que o sacrifício do direito das partes não ocorra substancialmente, a justiça deverá manifestar-se através de deliberações judiciais não entravadas pela delonga desnecessária, pelos encargos financeiros inúteis e pelo exagero dos atos supérfluos.” (LIMA, Alcides de Mendonça. *Do saneamento do processo*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto

Em sequência, chega-se ao momento em que o juiz tem que tomar importante decisão sobre os rumos do processo, podendo adotar as seguintes providências: a) tenta a conciliação entre as partes; b) analisa a regularidade processual e material do feito e, por meio de uma decisão saneadora, aprecia as questões processuais e materiais pendentes, fixa os pontos controvertidos, defere as provas necessárias e determina a sua produção.<sup>527</sup>

Na fase instrutória, compete ao juiz controlar a pertinência das provas requeridas e avaliar as que são efetivamente necessárias para elucidar os pontos controvertidos. Após essa triagem, o magistrado ainda deve gerenciar a condução das provas, zelando pela regularidade formal e material dos atos destinados à cognição judicial, buscando sempre o equilíbrio entre as partes e justificando eventual inversão do ônus probatório, seja no momento do saneador, ou então no bojo da sentença.

Já na sentença, o magistrado deve analisar as questões prévias suscitadas, seguindo uma ordem cronológica de enfrentamento para que, uma vez ultrapassadas, siga no exame do mérito. Além disso, o ato sentencial possui requisitos próprios que devem ser observados, como o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva, nos termos do artigo 458 do CPC. Por sua vez, deve haver uma exata compatibilidade com o pedido do autor, não podendo ser além, aquém, ou diversa do que foi demandado, consoante o artigo 460 do CPC.

Ademais, na fase recursal também há o juízo de admissibilidade, agora em relação aos requisitos próprios de cada espécie de impugnação e, uma vez superado, julga-se o mérito do recurso.

---

Álvaro de (Org.). Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 70-71.

<sup>527</sup> NCPC: “Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável. § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II a IV deste artigo. Uma vez homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz. § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas. Na hipótese do § 3º, as partes já devem trazer, para a audiência ali prevista, o respectivo rol de testemunhas. § 5º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato. O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados. § 6º Caso tenha sido determinada a produção da prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 472 e, se possível, estabelecer, de logo, um calendário para a sua realização. § 7º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de uma hora entre as audiências.”

Num outro viés, observa-se ser equivocada a afirmação de que as questões de ordem pública podem ser conhecidas em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Primeiro porque, uma vez decidida expressamente a questão, preclui para o juiz a possibilidade de reanálise, sem que haja algum fato novo que justifique<sup>528</sup>. Assim, o juiz não pode afastar a arguição de ilegitimidade de parte num momento, e depois, sem qualquer justificação nova, redecidir a questão para reconhecer a legitimidade, sob pena de ferir o princípio da segurança jurídico-processual e inclusive abalar a ordem pública processual.

Segundo porque, uma vez não impugnada a decisão sobre um requisito processual, ocorre a preclusão, impossibilitando que a instância superior reconheça a questão, sem que haja provocação da parte no recurso.

Terceiro porque as questões de ordem pública não podem ser conhecidas de ofício ou sem prequestionamento pelas instâncias extraordinárias, conforme orientação mais recente dos Tribunais Superiores.

Dessa forma, a expressão “a qualquer tempo ou grau de jurisdição” não condiz com o tratamento que deve ser dado ao assunto, servindo apenas para que juízes ajam autoritariamente e para que advogados manipulem o processo com estratégias desleais.

#### **4.6 Objeto do juízo de admissibilidade**

O juízo de admissibilidade envolve as questões de fato ou de direito, prévias ou de fundo, processuais ou materiais, capazes comprometer ou impedir o alcance de um pronunciamento judicial com a análise do mérito.

Dessa forma, a cognição do juiz repousa sobre as matérias constitutivas, extintivas e modificativas da situação processual.

São os pressupostos processuais, condições da ação, requisitos dos atos processuais, adequação do procedimento e outras questões processuais e materiais em que haja um interesse público envolvido.

Por sua vez, as questões objeto do juízo de admissibilidade são aquelas que o magistrado pode conhecer de ofício ou a requerimento da parte.

Na realidade, o juízo de admissibilidade envolve todo o controle da regularidade do processo, especialmente das questões em que o interesse público predomina. Trata-se de um

---

<sup>528</sup> “Se o juízo de admissibilidade é uma decisão (e parece indiscutível que o seja), positivo ou negativo, pouco importa, deverá submeter-se à preclusão. É o que ora se defende. As razões serão analisadas nos itens

necessário filtro das irregularidades, visando a sanear o feito e permitir o alcance do exame meritório.

#### 4.7 Forma de exercício do juízo de admissibilidade

A cognição do juiz pode se dar em relação à admissibilidade do processo ou então ao seu mérito. Com efeito, compete ao juiz da causa o exercício do juízo de admissibilidade das questões que surgem durante o procedimento e que devem ser resolvidas antes do julgamento do mérito, e também para que este efetivamente seja apreciado.

O juízo de admissibilidade pode ser positivo ou negativo, e ainda ocorrer em vários momentos processuais, até a sentença.<sup>529</sup>

Além disso, o sistema processual brasileiro estabelece técnicas quanto à ordem cronológica de enfrentamento das questões prévias<sup>530</sup>, como forma de superar as etapas, de acordo com a prejudicialidade da questão para o processo.

Destarte, as questões prévias podem se referir às preliminares ou às prejudiciais de mérito, sendo que a observância dessa ordem de enfrentamento garante que seja efetuado um saneamento progressivo, de acordo com a finalidade do assunto para a cadeia procedimental.<sup>531</sup>

Em outros termos, as questões processuais prévias dividem-se em prejudiciais e preliminares, sendo que aquelas seriam atinentes ao mérito, enquanto estas se referem às questões processuais. Tal método de diferenciação, todavia, baseado em um suposto conteúdo ou natureza das espécies de questões processuais prévias, mostra-se equivocado, uma vez que o distintivo entre questões prejudiciais e preliminares deve ser feito a partir do teor de influência delas na cognição judicial final.

---

seguintes.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 84).

<sup>529</sup> “Contudo, a unidade era mantida do ponto de vista teleológico. Por maior que fosse o desdobramento, o despacho saneador era considerado um só por ficção. Sua finalidade era, como o nome estava a indicar, SANEAR, equivalente a ‘curar, sarar, sanar: *sanear enfermos*’ (Novo Dicionário Aurélio), empregado, no processo, em acepção fictícia, em relação aos atos irregulares que precisam ser *sarados*, para normalização dos autos, não maculando a sentença, ponto culminante da luta judiciária.” (LIMA, Alcides de Mendonça, *Do saneamento do processo*, in *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, cit., p. 61).

<sup>530</sup> Analisando a ordem de enfrentamento das questões processuais, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 CPC. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. 85-94.

<sup>531</sup> Ao tratar das questões prejudiciais e preliminares, Barbosa Moreira adverte que o critério para distingui-las deve repousar no tipo de relação existente entre a questão prioritária e a que dela depende (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 88-89).

Ademais, as questões preliminares não podem ser objeto de processo autônomo, sendo suscitadas sempre em relação ao objeto processual principal, ou seja, em relação à viabilidade de análise do próprio pedido autoral. Já as questões processuais prévias prejudiciais, ao contrário das questões preliminares, não possuem relação de dependência lógica entre a questão prejudicial e a questão principal, de modo que podem, inclusive, ser objeto de processo autônomo.<sup>532</sup>

Dessa forma, em regra, o juízo se inicia com os pressupostos processuais, passando pelas condições da ação, prosseguindo pelas prejudiciais de mérito, até se chegar ao exame do mérito propriamente dito.

Essa ordem das questões do juízo de admissibilidade pode eventualmente ser alterada ou suprimida, especialmente se em uma análise prospectiva verificar-se a desnecessidade de apreciação de circunstância que restará prejudicada por outra de maior abrangência, uma vez que, em princípio, não gera prejuízo às partes. Seria uma hipótese de decisão implícita de afastamento do tema que restou ultrapassada.

Contudo, trata-se de perigosa conduta do magistrado, já que passível de ensejar impugnação pela parte que se sinta prejudicada com a superação implícita de uma questão processual.

Na realidade, é um traço de nossa cultura processual seguir essa ordem de enfrentamento das questões, sob pena de ensejar diversos recursos ou manifestações se insurgindo contra o que parece ser um lapso do magistrado, ainda que não cause efetivamente qualquer prejuízo às partes ou ao processo.

Essa formalidade também é ainda muito arraigada nos tribunais, que constantemente anulam decisões de primeiro grau de jurisdição, sob o fundamento de o juiz ter incorrido em *error in procedendo*.

Acredita-se que a tendência há muito defendida por alguns processualistas<sup>533</sup> de se permitir que sem delongas inúteis o processo cumpra o seu maior papel, que é a entrega completa e efetiva da prestação jurisdicional, em um futuro próximo passe a ser mais aceita e melhor utilizada.

---

<sup>532</sup> DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 67-71.

<sup>533</sup> “Embora se reconheça a existência da precedência entre questões processuais e de mérito, afirma-se possa ser ignorada essa regra. Toda vez que, não identificado o vício formal no momento próprio, embora devidamente demonstrada sua ocorrência, o processo prosseguiu e o julgamento de mérito apresenta-se possível, sem prejuízo a determinados valores perfeitamente identificados, deve ser ignorada a falha.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 211).



De qualquer modo, a decisão saneadora que ocorre após a réplica ou na própria audiência preliminar é a forma mais oportuna, correta e comum de se apreciar as questões prévias.

A decisão saneadora tem sido alvo de relevantes análises pelos processualistas<sup>534</sup>, no que toca ao seu conteúdo, natureza, momento<sup>535</sup> e finalidade.

Destarte, o referido ato decisório tem como conteúdo a análise da regularidade formal e material do processo<sup>536</sup>. Pode ser proferida a partir do ato postulatório até a sentença. Trata-se provimento jurisdicional de cunho decisório, que visa: a) declarar a regularidade do processo; b) determinar a correção de defeitos sanáveis; ou c) desconstituir a relação jurídica processual diante da existência de vícios insanáveis.<sup>537</sup>

#### 4.8 Necessidade de contraditório para o reconhecimento de questões prévias

Pelo atual tratamento que se tem dado ao conhecimento das questões preliminares ou consideradas de ordem pública pelo juiz, verifica-se não constituir uma conduta cotidiana a abertura ao contraditório<sup>538</sup> antes de se firmar um juízo cognitivo sobre o assunto.

Contudo, essa é uma realidade que vem paulatinamente sendo criticada e modificada, permitindo-se que as partes não só conheçam da questão antecipadamente, evitando-se surpresas, como também para que tenham a plena capacidade de interferir na decisão judicial.

<sup>534</sup> Galeno Lacerda atribui a José Alberto dos Reis a sistematização do saneador (LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, cit., p. 40). Ainda sobre a sua origem: “Em sua origem clássica, sob o pálio do Código de Processo Civil português, o despacho saneador surgiu, inicialmente, no Decreto-Lei nº. 960, de 17.12.1938, sem o *nomen iuris* – anterior ao Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18.09.1939, com vigência a partir de 01.03.1940).” (LIMA, Alcides de Mendonça, Do saneamento do processo, in *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*, cit., p. 62).

<sup>535</sup> “Podemos conceituar o despacho saneador como a decisão proferida logo após a fase postulatória, na qual o juiz, examinando a legitimidade da relação processual, nega ou admite a continuação do processo ou da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção dos vícios sanáveis.” (LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, cit., p. 7).

<sup>536</sup> Sobre os efeitos do saneador: “Provoca, portanto, a concentração do material de conhecimento neste ato do processo, e habilita o juiz a dirigi-lo com perfeito domínio da causa, o que, sem dúvida, representa para a sentença uma garantia de segurança e de justiça.” (LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, cit., p. 178).

<sup>537</sup> “Concluindo, portanto, a análise da natureza jurídica do despacho saneador, devemos considerá-lo uma provisão jurisdicional declaratória, a respeito da legitimidade da relação processual. Assumirá também constitutiva se modificar ou extinguir essa relação.” (LACERDA, Galeno, op. cit., p. 106).

<sup>538</sup> Edoaldo Ricci entende que o princípio do contraditório como uma garantia fundamental não é conexo com os dispositivos legais que disciplinam os poderes das partes e a sua vedação pelo juiz, provocando seu efetivo exercício, para que as partes façam o que também poderiam realizar na ausência de solicitação, uma vez que tais dispositivos se prestam a outras finalidades, que não dizem respeito à cooperação com o juiz na busca da solução mais justa, e nem à cooperação do juiz com as partes por razão de solidariedade, já que estas duas hipóteses se referem a outros valores que nada têm a ver com a garantia do contraditório (RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 498-499).

Com efeito, trata-se de providência cada vez mais necessária ao exercício da ampla defesa, especialmente diante da análise cada vez mais concreta que vem sendo dada às situações postas em juízo, bem como em virtude das variadas consequências possíveis quando da verificação de alguma irregularidade processual.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da CF, é a expressão mais fiel do Estado Democrático de Direito, de modo que sua não observância viola as mais basilares garantias do nosso ordenamento jurídico.

Por sua vez, o exercício do contraditório não envolve só as partes, mas compreende também o juiz e todos os demais participantes do processo<sup>539</sup>, num imprescindível diálogo judicial<sup>540</sup>. Essa cooperação e dialética processual<sup>541</sup> tem inegável importância no processo justo e legítimo.<sup>542</sup>

Não obstante, o princípio do contraditório<sup>543</sup> possui estreita associação com o princípio da igualdade<sup>544-545</sup>. E dessa forma complementa Nelson Nery Júnior: “Essa igualdade de

---

<sup>539</sup> “[...] o contraditório não se resume apenas nisso, visto que ele é igualmente garantia da própria jurisdição, pois que essa efetiva e plena possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e de produzirem provas constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões. [...] Sob um outro enfoque, mas entretanto sem contrapor aquele recém manifestado acerca do aspecto técnico do contraditório, está a questão do contraditório como instrumento de limitação ao exercício do poder.” (PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61-63).

<sup>540</sup> “Como se vê, o contraditório não é um princípio que deva ser observado somente na relação entre as partes no processo, ou seja, no sentido de uma poder manifestar-se sobre as alegações da outra. Aplica-se com a mesma intensidade imperativa no que diz respeito às partes e o órgão julgador, não sendo dado a este fazer do processo uma ‘caixinha de surpresas’, de cujo conteúdo as partes só poderão tomar conhecimento após a prolação da decisão.” (PIRES, Adriana, Prova e contraditório, in *Prova cível*, cit., p. 65).

<sup>541</sup> Na observação de José Roberto dos Santos Bedaque: “Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 78).

<sup>542</sup> “A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a ideia de cooperação, além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos na busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 13, jul. 2006).

<sup>543</sup> “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 135).

<sup>544</sup> Sobre o tema, Luigi Paolo Comoglio assevera que o contraditório da parte, como forma de obtenção de condição de paridade, também é tido no ordenamento jurídico italiano, espanhol e latino-americano como uma das garantias mínimas para se atingir o justo processo, e que deve ser respeitado, principalmente quando estão em jogo os poderes de iniciativa instrutória do juiz, cuja possibilidade já reconheceu a legislação italiana. Trata-se de garantia mínima de legalidade processual, juntamente com a figura institucional do juiz imparcial. (COMOGLIO, Luigi Paolo, Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, cit., p. 97-158). O mesmo autor

armas<sup>546</sup> não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.<sup>547</sup>

Nesse contexto, deve o juiz zelar para que as questões capazes de gerar efeitos relevantes para o processo possam se submeter ao prévio contraditório. Assim, o julgador acaba assumindo dois papéis distintos: o de sujeito que participa e se submete ao contraditório e, ao mesmo tempo, o de responsável pelo exercício e controle do contraditório e da ampla defesa das partes no processo.

Destarte, também no conhecimento de questões de ordem pública ou de interesse público se mostra imprescindível o atendimento ao princípio do contraditório, o que deve ser proporcionado pelo julgador quando da condução do processo, na qualidade de seu presidente.

Isso porque a natureza jurídica das referidas questões não deve afastar o contraditório, uma vez que todas elas são capazes de interferir no convencimento do juiz.

Desse modo, não importa se a relação jurídica é de direito disponível ou indisponível, ou se a iniciativa do conhecimento é judicial ou pelas partes. Em qualquer caso, compete ao magistrado respeitar e controlar o contraditório, conferindo legitimidade aos seus posicionamentos.

Apesar disso, registre-se que a não submissão de uma questão ao contraditório quando do juízo de admissibilidade não enseja necessariamente um vício insanável e a consequente anulação do ato, tendo em vista que os defeitos processuais devem ser analisados sob a ótica da finalidade do processo e também da demonstração do prejuízo, o que deve ser sopesado pelo julgador.<sup>548</sup>

também aborda a matéria em: COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latino americani. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, v. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

<sup>545</sup> “Na medida que toda a convivência social se apresenta como uma grande competição para a obtenção de bens escassos, a igualdade de oportunidades tem como objetivo oferecer a todos os membros de determinada comunidade condições de participar, valendo-se de posições iguais de partida, da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo. O parentesco entre o princípio da igualdade de oportunidades e o do contraditório é irrefutável.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 133).

<sup>546</sup> “Ocorre entretanto, que nem sempre existe inteira coincidência entre o princípio da igualdade e o contraditório. Como se sabe, a igualdade das partes deve ser assegurada ao juiz na condução do processo na conformidade do que dispõe o art. 125, I, do CPC. Porém, a igualdade não se projeta apenas no nível do contraditório, mas sim ela deve ser garantida em tudo que se refere aos poderes, aos deveres, aos direitos das partes no processo. Assim, deve haver igualdade de prazos para recorrer, igualdade de oportunidades em recorrer, enfim, igualdade de oportunidades de modo geral no processo.” (PIRES, Adriana, Prova e contraditório, in *Prova cível*, cit., p. 69).

<sup>547</sup> NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 153.

<sup>548</sup> Defendendo que o desrespeito ao contraditório em decisões sobre questões cognoscíveis de ofício não gera necessariamente a invalidade do ato, devendo ser ponderado o prejuízo e a gravidade da violação do

De qualquer forma, trata-se de exigência constitucional, tanto para os procedimentos judiciais, quanto para os administrativos, consistindo um direito fundamental imprescindível ao desenvolvimento regular do processo, aplicando-se tanto ao juízo de admissibilidade, quanto ao juízo de mérito.<sup>549</sup>

Nesse passo, na apreciação das questões cognoscíveis de ofício, também deve ser oportunizada às partes o exercício do direito de defesa, até porque, em alguns casos, pode-se demonstrar que o acolhimento de uma questão tida como de ordem pública não trará benefício aos litigantes ou ao processo, especialmente quando já estiver maduro para o julgamento com o exame do mérito.

Em outro vértice, tem-se que o fato de o juiz poder conhecer algumas questões de ofício não autoriza que o julgamento delas também seja de modo oficioso, sem a ciência e contribuição argumentativa das partes.

Seguindo essa tendência que, na verdade, tem ganhado bastante expressão em outros ordenamentos jurídicos, o Projeto de Novo CPC<sup>550</sup>, à semelhança da reforma italiana, prevê expressamente que as matérias cognoscíveis de ofício deverão passar pelo crivo do contraditório antes da manifestação do juiz, evitando-se surpresa para o jurisdicionado.<sup>551-552</sup>

Por fim, registre-se a necessidade da adequada fundamentação, permitindo a ciência e a ampla defesa pelas partes e, ainda, conferindo legitimidade ao ato judicial.

#### 4.9 Efeitos do juízo de admissibilidade

---

contraditório pelo juiz em momento posterior à decisão, ver: CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritti di difesa e "formalismo delle garanzie". *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 212, p. 83-93, out. 2012.

<sup>549</sup> "Não há dúvidas de que, por razões já expostas, o julgador deva *conhecer* de determinadas matérias sem que, sobre elas, tenha havido prévia manifestação das partes; contudo, e tal distinção não pode ser olvidada, revela-se manifestamente ilegítima a *decisão ex officio* (de terceira via ou surpresa), pouco importando se ela diz respeito a questões de admissibilidade, meratórias ou até acessórias como os honorários de sucumbência. Tem-se, assim, o contraditório prévio sobre as questões de ofício como um limite ou vínculo aos poderes decisórios dos órgãos jurisdicionais a seu respeito." (FARIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, a boa-fé processual. In: FUX, Luiz (Coord.) *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 761).

<sup>550</sup> "Art. 7º. É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório. [...] Art. 358. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 338, o juiz determinará a oitiva do autor no prazo de quinze dias, permitindo-lhe a produção de prova."

<sup>551</sup> "Aspecto interessante do devido processo legal é o que vem de ser consagrado na parte geral do projeto do Código de Processo Civil, admitindo-se o contraditório ainda que o juiz possa extinguir o processo sem análise do mérito, tendo em vista que o réu pode pretender que a resolução atinja a questão material de fundo para que não mais seja molestado acerca daquele tema *sub judice*." (FUX, Luiz, Processo e Constituição, in *Processo constitucional*, cit., p. 35).

<sup>552</sup> Ver: FUX, Luiz, O novo processo civil, in *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*, cit., p. 15.

Conforme dito em tópico anterior, o juízo de admissibilidade pode dar ensejo a três tipos de providência judicial: declaração de regularidade do processo; determinação de correção de defeitos sanáveis; ou desconstituição da relação jurídica processual, diante da existência de vícios insanáveis.

Cada uma dessas hipóteses cabíveis no juízo de admissibilidade acarreta um efeito distinto no processo.

Quando o juiz aprecia expressamente as questões preliminares e conclui pela regularidade do processo, está dizendo que o procedimento está apto ao seu desenvolvimento, gerando, assim, efeitos declaratórios. Essa decisão faz gerar a preclusão para a análise das mesmas questões, ainda que consideradas de ordem pública<sup>553</sup>, sendo que competirá apenas ao órgão superior reapreciá-las.<sup>554</sup>

Com efeito, as preclusões das partes e do juiz se identificam em um ponto importante, qual seja, quando geram o encerramento de uma etapa processual, impedindo que atos posteriores causem uma contramarcha no procedimento. E é exatamente nisso que consiste a técnica da preclusão. Assim, a cessação de uma fase processual constitui a consequência primária da preclusão, enquanto que a perda de direitos processuais ou a impossibilidade de reapreciação de questão representam os interesses secundários da técnica.

Por essa razão, é perfeitamente possível a utilização do mesmo termo<sup>555</sup> para ambas as hipóteses, já que o objetivo central da preclusão é atingido tanto quando ocorre para as partes, como quando ocorre para o juiz.<sup>556</sup>

---

<sup>553</sup> “Parece-nos que a melhor solução está em interpretar o art. 267, § 3º, do CPC em harmonia com os arts. 471 e 473 do CPC. Do art. 471 do CPC se extrai regra jurídica dirigida à atividade do juiz vedando a reanálise de questões já decididas. Já o art. 473 do CPC, dirigido às partes, veda que determinada questão já resolvida no processo seja novamente suscitada. Tais regras se harmonizam com a previsão contida no art. 267, § 3º, do CPC, pois os arts. 471 e 473 do CPC não suprimem do juiz o poder de conhecer de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, das questões situadas no âmbito dos pressupostos processuais e condições da ação; apenas impedem que tais questões, uma vez decididas no processo, sejam novamente reanalisadas.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 168, p. 340-341, fev. 2009).

<sup>554</sup> “Pode haver preclusão limitada a um grau de processo, caso em que a preclusão se contrapõe não só à coisa julgada como à preclusão definitiva que possa advir no curso do processo. É o que acontece com as questões decididas pelo juiz de primeira instância, por meio de uma sentença recorrível ou por juiz de segunda instância, por meio de sentença passível de recurso de cassação; as questões são preclusas com relação ao juiz que as decidiu, mas não com referência ao juiz superior. E isto em virtude do princípio *bis de eadem re ne sit actio*, interpretado no sentido que hoje se lhe atribui, a saber, de proibição de reproduzir uma demanda ou uma questão ao mesmo juiz que concluiu o que lhe incumbia.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3, p. 162).

<sup>555</sup> Sob outro prisma, Marcelo Abelha não concorda com o termo preclusão, instituto que está ligado à ideia de ônus, embora acredite ser correto que ao juiz está vedado rededir a lide, salvo por meio das exceções legais. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 112). No mesmo sentido: KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói: Impetus, 2007. p. 360. A discussão também é tratada em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 473-479. E ainda em: SICA, Heitor Vítor Mendonça. *Preclusão processual civil*:

A preclusão<sup>557</sup> que se destina ao juiz está prevista no artigo 471 do CPC<sup>558</sup> e é comumente denominada de preclusão *pro iudicato*<sup>559</sup>. Entretanto, melhor seria a utilização da expressão preclusão judicial.<sup>560</sup>

Por sua vez, ao juiz não se aplica a preclusão temporal, uma vez que seus prazos são classificados de impróprios, não resultando em alguma consequência processual específica. Também não há polêmica quanto à incidência da preclusão consumativa sobre os atos judiciais. Entretanto, a questão fica mais tormentosa na doutrina<sup>561</sup>, quando o assunto é a preclusão lógica, embora ela também ocorra.<sup>562</sup>

Assim, não reconhecer a existência e os efeitos desse tipo de pronunciamento judicial é muitas vezes admitir que o processo se autoimpulsiona sem qualquer participação do

atualizado de acordo com a nova reforma processual: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006. p. 91-94.

<sup>556</sup> O STJ, com acerto, modificou seu entendimento para reconhecer a existência de preclusão para o juiz, senão vejamos: “Execução Trabalhista. Penhora. Direitos Hereditários. Preclusão. Os direitos hereditários que o executado tenha ou venha a ter foram penhorados e arrematados em hasta pública, e o juiz deferiu a habilitação dos arrematantes no inventário, excluindo o herdeiro. Não houve recurso oportuno contra a habilitação dos arrematantes e a exclusão do herdeiro. Depois o juiz reconsiderou sua decisão e reincluiu o herdeiro para que houvesse apenas desconto em seu quinhão dos valores referentes àquela execução. Dessa decisão agravaram os arrematantes, mas o Tribunal *a quo* afastou a alegação de preclusão ao argumento de que, até o momento da sentença, o juiz poderia rever suas decisões. Isso posto, para o Min. Relator, o acórdão recorrido merece reforma, pois o juiz não poderia rever sua decisão sem a ocorrência de fatos novos, somente pode rever as questões referentes às condições da ação e aos pressupostos processuais com previsão legal expressa (CPC, art. 267, § 3º) em que a preclusão não se opera. No caso dos autos, a preclusão vinculou o juiz impedindo-o de reexaminar decisão consolidada pela ausência de recurso. Observou, ainda, que o direito à herança difere de direito hereditário, no caso, o direito à herança não foi negado tanto que foi transferido em pagamento de débito assumido pelo herdeiro. Note-se que o herdeiro excluído, inclusive, utilizou esse fato para afastá-lo de penhoras em outros processos trabalhistas. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso dos arrematantes. Precedentes citados: REsp 261.651-PR, DJ 23/5/2005; REsp 343.750-MG, DJ 10/2/2003, e AgRg no Ag 332.188-RJ, DJ 25/6/2001.” (STJ – REsp n. 999.348/-RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j.18.12.2007, *Informativo STJ*, n. 343).

<sup>557</sup> Fala-se, ainda, em “preclusão de questões” para designar a preclusão para o juiz (GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133).

<sup>558</sup> “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos previstos em lei.”

<sup>559</sup> “Preclusão *pro iudicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *iudicato* significa julgado; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro iudicato* significa ‘preclusão como se tivesse sido julgado’. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há ‘preclusão *pro iudicato*’, porque esta supõe ausência de decisão. Preclusão *pro iudicato*, significa julgamento implícito ou presumido, como ocorre na hipótese do art. 474 do CPC.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, *Notas sobre preclusão e venire contra factumproprum*, cit., p. 339-340).

<sup>560</sup> “A utilização indevida de termos e expressões pode levar os operadores do direito a indesejáveis conclusões. O uso indiscriminado da expressão *pro iudicato* para apontar o fenômeno de preclusão para o juiz deve ser visto com reservas, já que a expressão, originalmente cunhada por Enrico Redenti, se refere a circunstâncias que nada têm que ver com a preclusão dos poderes do juiz. Para evitar enganos, melhor seria a utilização da expressão judicial para indicar o fenômeno expressamente previsto no art. 471 do Código de Processo Civil.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004. p. 311).

<sup>561</sup> GIANNICO, Maurício, *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 128 e 159.

<sup>562</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*, cit., p. 42.

magistrado, o que não é verdade. Aliás, não é raro observar hipóteses em que o julgador, sem lançar mão de qualquer manifestação explícita, acolhe ou rechaça os pedidos ou então aprecia a regularidade processual, simplesmente dando prosseguimento às etapas seguintes do procedimento.

Com isso, um eventual retrocesso pelo magistrado deve ser controlado, evitando-se indesejáveis contradições judiciais, por meio de uma técnica processual, o que se delega justamente à preclusão lógica.

Situação que também é controvertida diz respeito à decisão implícita<sup>563</sup>, ou seja, quando o juiz dá prosseguimento regular ao feito sem analisar expressamente determinada questão prévia.

No que tange às questões prejudiciais de mérito, não há dúvida de que devem ser analisadas expressamente, sob pena de não incidir a preclusão ou a coisa julgada.

Já quanto às questões preliminares, ainda não há um consenso. Com efeito, diverge a doutrina sobre a ocorrência ou não da preclusão nesses casos. Há quem defenda que uma decisão implícita fica preclusa, não permitindo mais a discussão do tema superado. Por sua vez, há posicionamento no sentido de que questão não decidida expressamente não fica acobertada pelos efeitos preclusivos<sup>564</sup>, de modo que pode ser suscitada na mesma ou em outra demanda.

Como é sabido, todos os atos processuais devem estar sujeitos a um fim, evitando-se possíveis repetições de fases processuais e a postergação do feito. O próprio Chiovenda, quando sistematizou o instituto da preclusão, já previa a sua aplicação também para o juiz, ou seja, em relação às questões já decididas, inclusive de forma implícita<sup>565</sup>, conferindo ao ato saneador um caráter purificador.

<sup>563</sup> O não reconhecimento de decisão explícita também é visto na jurisprudência: “A lei exige que as decisões sejam fundamentadas, embora de modo conciso, comando legal que se não compadece com o julgamento ‘implícito’ de qualquer questão aventada no curso da lide. Ao juiz é vedado afastar preliminares (condições da ação), no saneador, mediante a simples referencia - Partes legítimas – Sendo imprescindível fundamentar o decisorio expendendo as razões que o justificam.” (STJ – REsp n. 68.280/GO (1995/0030648-4), 1ª Turma, rel. Min. Jose de Jesus Filho, rel. p/acórdão Min. Demócrito Reinaldo, j. 26.03.1996, *DJ*, de 03.06.1996, p. 19.206). E ainda: “Tendo o juiz se omitido na apreciação das provas requeridas e proferido diretamente a sentença, resta ao prejudicado a oportunidade da apelação para invocar o cerceamento de defesa, sem que se possa cogitar de ofensa ao princípio da preclusão.” (STJ – REsp n. 293.441/PB (2000/0134545-1), 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.09.2001, *DJ*, de 29.10.2001, p. 209).

<sup>564</sup> “Por imposição do dever da motivação (art. 93, IX, da CF/88), a decisão sobre a validade do procedimento deve ser expressa: não se admite a preclusão do exame de questões implicitamente decididas, até porque não se pode admitir decisão implícita. A preclusão somente pode operar-se em relação às questões decididas, contra as quais ou não houve interposição de recurso, ou se o interpôs, tendo sido rejeitado.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 90).

<sup>565</sup> “Esta regra deve prevalecer, se se quer dar ao processo andamento rápido e ordenado. [...] Caso especial é o do despacho saneador: tem este a função de purificar o processo de seus possíveis defeitos, provenientes quer da falta de pressupostos processuais, quer de nulidades eventuais, a fim de evitar – tanto quanto possível – que

Na realidade, em se tratando de questão de ordem pública ou interesse público, em regra, não há preclusão implícita se o juiz não analisa expressamente o assunto, de forma que é possível reconhecer essas espécies de matéria enquanto o feito estiver dentro de sua esfera de jurisdição.

Contudo, há de se reconhecer que a superação de fases procedimentais pode eventualmente ocasionar a superação implícita de determinadas questões e permitir que o feito prossiga sem a apreciação expressa de determinadas questões, sem que isso traga qualquer prejuízo ao processo ou às partes. Trata-se de postura judicial que deve ser evitada, para que não haja futuros questionamentos sobre o fato, mas que nem por isso deixa de ocorrer no cotidiano forense.

Ainda sobre o aspecto preclusivo do pronunciamento judicial<sup>566</sup>, deve ser ressaltado que a preclusão quanto às matérias já decididas aplica-se em todos os graus de jurisdição<sup>567</sup>,

---

se complique a discussão do mérito com questões relativas à regularidade da relação processual, ou – o que é ainda pior – venha a tornar-se inútil pelo descobrimento posterior duma irregularidade que impeça uma decisão sobre o mérito da lide. Por isso estabelece a lei expressamente que o juiz deve decidir no despacho saneador sobre a legitimidade das partes e de sua representação e sobre as nulidades (art. 294, CPC). Esta norma torna o despacho saneador tipicamente preclusivo de tais questões, porque, no pensamento da lei, a eliminação deve, em todo caso, preceder a instrução e a decisão do mérito: quando ordenar o juiz o prosseguimento do processo e der as disposições necessárias para a instrução da causa, a preclusão impedirá que sejam ao depois discutidas aquelas questões, tanto se o juiz expressamente as decidiu, como se – por falta de contestação ou por não ter atendido às eventuais contestações – deixou de prover sobre elas. A decisão do despacho saneador que ordena o prosseguimento do processo realiza, por conseguinte, em todo o caso, a sua função purificadora, visto como tem sempre efeito de decisão preclusiva, explícita ou pelo menos implícita, das questões indicadas pela lei. Tendo presentes estas considerações e principalmente a função que a lei conferiu ao despacho saneador, pode-se até mesmo pensar que a disposição do art. 294 deve ser interpretada por analogia, de modo que se estenda o objeto da decisão e da conseqüente preclusão a todas as questões possíveis e relativas à regularidade do processo e do contraditório. *Teria, então, o despacho saneador o efeito de precluir todas as questões possíveis que pudessem impedir ou tornar inválidas a instrução e da decisão da causa, sem prejuízo naturalmente daquelas que estivessem para ser examinadas em forma de exceções, e ressalvadas tão-só as questões que possam alegar-se em qualquer tempo (como a incompetência racione materiae, art. 148, § 1º; 182, § 1º), ou as que surgissem mais tarde em razão dum fato novo (como a nulidade do próprio despacho saneador ou de atos posteriores, ou ainda, por exemplo a celebração de compromisso arbitral na pendência da lide, art. 1.035).* Em certos casos podem as partes impedir a preclusão com a interposição dum recurso, que pode ser, conforme o caso, o agravo de instrumento (art. 842) ou o agravo no auto do processo. Ambos permitirão reabrir na instância superior a discussão das questões preclusas, mas não poderão impedir uma preclusão dessas questões, pelo menos provisória, no prosseguimento do processo na primeira instância.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3, p. 456-457 – grifo nosso).

<sup>566</sup> “Sob uma perspectiva puramente literal, o artigo 267, § 3º, de fato, não parece autorizar o entendimento de que o exame daquelas questões não está sujeito a qualquer estabilização. O que o texto legal afirma é a possibilidade de o juiz conhecer de ofício tais questões, em qualquer tempo e grau de jurisdição. E a reforçar a impressão de que as questões decididas fiquem efetivamente fora de nova cognição judicial está o já referido artigo 471 do Código de Processo Civil, que é aplicável não apenas às decisões de mérito finais, mas também às interlocutórias. Da mesma forma, ao dizer que ‘nenhum juiz decidirá novamente’ tais questões, o dispositivo pretende incluir também o próprio juiz da causa, que proferiu a decisão e é, portanto, o primeiro a estar por ela vinculado.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 171).

<sup>567</sup> “Não se permite que o tribunal, no julgamento do recurso, reveja questão que já fora anteriormente decidida, mesmo as processuais, e em relação à qual se operou a preclusão. O que se permite ao tribunal é conhecer, mesmo sem provocação das partes, das questões relativas à admissibilidade do processo, respeitada, porém, a



só podendo ser modificada pela via recursal. Note-se, ainda, que ocorre a preclusão independentemente do sistema de agravo que o sistema processual pretenda adotar, ou seja, mais rígido como o atual ou mais flexível como o previsto no Projeto de Novo CPC.<sup>568</sup>

Prosseguindo nos atos de saneamento do processo, se o magistrado apenas determina a correção de defeitos sanáveis<sup>569</sup>, tratar-se-á de provimento sem natureza decisória, ou seja, um despacho, mas que implicará em um ônus processual para a parte que, se não atendido, poderá acarretar a extinção do feito.

Por sua vez, caso o magistrado aprecie expressamente as questões prévias e vê-se diante de vícios insanáveis ou de uma questão prejudicial, deverá desconstituir a relação jurídica processual, de forma parcial ou total.

A parcial ocorre quando o provimento, ainda que resolutivo sobre uma determinada questão, não atingir todo o processo, que pode prosseguir quanto às demais pretensões. Aqui a questão decidida restará preclusa, tanto para as partes, quanto para o juiz.

Já a desconstituição total se dá quando o reconhecimento de uma questão prévia puder macular toda a relação jurídica processual, por meio de uma sentença com ou sem a resolução do mérito, dependendo da hipótese. Os efeitos dessa sentença obviamente dependerão de seu conteúdo, podendo ser apenas endoprocessual, se se tratar de uma questão formal, ou então fazer coisa julgada, se o conteúdo for meritório.

Destarte, somente o mérito da demanda é atingido pela coisa julgada. Assim, a decisão negativa de admissibilidade, ou seja, a decisão terminativa do feito, não impede o “reajuizamento” da demanda em idênticos parâmetros meritórios, desde que suprida questão incidente processual que gerou sua inadmissibilidade.

Aqui entra outro problema digno de nota, que é saber se no caso de juízo negativo de admissibilidade, envolvendo questões preliminares fundadas em quaisquer das hipóteses trazidas pelo artigo 267 do CPC, admite renovação, ou se apenas o inciso V do referido

---

preclusão. Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 87). Em sentido contrário, ver: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR.; Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 176).

<sup>568</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Preclusão e decisão interlocutória no projeto do novo CPC. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Orgs.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. v. 1, p. 195-235.

dispositivo impediria o ajuizamento de nova ação, nos termos do artigo 268, *caput*, do CPC<sup>570</sup>, porque existem outros casos, além do previsto no inciso V do art. 267 do CPC, em que também não será permitida a renovação da demanda.

Destarte, se a extinção ocorreu em razão de algum requisito processual faltante, para fins de propositura de nova demanda faz-se necessário que seja suprida essa irregularidade, não podendo a parte simplesmente repetir o erro anterior<sup>571</sup>. Em outros termos, a renovação da ação somente será permitida quando retificada a questão processual que fundamentou a extinção por decisão negativa de admissibilidade.<sup>572</sup>

Por outro lado, há circunstâncias que, pela sua própria natureza, não admitem a repositura da demanda, de modo que a sentença terminativa acaba conferindo um caráter definitivo à questão, levando alguns doutrinadores a admitirem, inclusive, a manejo da ação rescisória.<sup>573</sup>

#### 4.10 Arguição de questões processuais prévias pelas partes

---

<sup>569</sup> NCPC: “Art. 318. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o órgão jurisdicional deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. [...] Art. 359. Verificando a existência de irregularidades ou vícios sanáveis, o juiz determinará sua correção em prazo nunca superior a trinta dias.”

<sup>570</sup> “Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.”

<sup>571</sup> “No caso de extinção do processo por falta de ‘pressuposto processual’ (inciso IV), o autor somente poderá postular em juízo novamente se comprovar o suprimento do ‘pressuposto’ faltante: se a extinção se deu por falta de vênua conjugal ou de comprovação da representação judicial (procuração *ad judicium*), a renovação da causa somente será viável com a prova do consentimento do cônjuge ou com a juntada do instrumento de representação processual. Esse mesmo entendimento aplica-se aos casos de extinção por indeferimento da inicial: a demanda somente pode ser renovada se o defeito for suprido.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 96).

<sup>572</sup> “Processo civil. Ação civil pública. Extinção. Ilegitimidade passiva. Repetição da ação. Preliminar de coisa julgada. Regularização da falta de condição da ação. Necessidade. Exegese do art. 268, CPC. Embargos de divergência conhecidos mas desacolhidos. I - A coisa julgada material somente se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa. II - A extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade *ad causam*, não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Isso quer dizer que não se pode excluir, *prima facie*, a possibilidade de o autor repropor a ação, contanto que sane a falta da condição anteriormente ausente. III - Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida.” (STJ – EREsp n. 160.850/SP, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.02.2003, DJ, de 29.09.2003).

<sup>573</sup> “No entanto, parece indiscutível que decisões terminativas fundadas em abandono (de ambas as partes ou só do autor, incisos II e III) e desistência (inciso VIII) não implicam qualquer vedação na repositura. Há pois sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação*: o juízo de admissibilidade do processo, cit., p. 97).

O tema relativo às formas de arguição das questões no processo deve-se principalmente à sistematização feita por Oscar von Bülow.<sup>574</sup>

Isso porque, ao desmistificar a teoria das exceções processuais e separar o que era de fato de natureza substancial (exceções dilatórias e peremptórias) e o que era de cunho processual (pressupostos processuais), foi possível distinguir as consequências processuais entre as duas hipóteses. A primeira não pode ser conhecida de ofício pelo juiz e resulta em um julgamento de natureza meritória. Já os pressupostos processuais permitem o conhecimento de ofício e seus efeitos são de cunho processual.

De qualquer forma, as partes são responsáveis por provocar a manifestação do magistrado sobre questões processuais e materiais capazes de comprometer o regular desenvolvimento do processo, especialmente as que envolvem um interesse público relevante.

Existem quatro formas de defesa da parte: a) exceções substanciais; b) exceções processuais ou rituais; c) objeções materiais; e d) objeções processuais.<sup>575</sup>

---

<sup>574</sup> “Os resultados mais importantes para a teoria das exceções resulta possível resumi-los assim; Toda exceção é 1) uma faculdade jurídica do devedor, que se opõe à ação (pp. 251-254); que por aquele, 2) a maneira de defesa, deve fazer-se valer e provar (p. 260); que 3) só admite prova no debate sobre o mérito (pp. 261-265), e que 4) sempre origina uma sentença substancial (pp. 265-275). Os mesmos quatro princípios se aplicam, também, às exceções dilatórias. Só têm de especial que 1) estas são nada mais que obstáculos temporários da ação (pp. 255-259) e 2) só produzem uma rejeição da ação por um tempo (pp. 267-275).” (BÜLOW, Oscar von, *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, cit., p. 244).

<sup>575</sup> “Costuma-se dizer que as *exceções substanciais* não podem ser conhecidas *ex officio*. Esta afirmação, que certamente decorre da origem histórica do instituto ‘exceção’, é verdadeira para a generalidade dos casos. No entanto, o CC-2002 ressaltou a regra, ao permitir que o magistrado examine de ofício a prescrição que beneficie o absolutamente incapaz (art. 194). Basicamente, não se permite ao magistrado o conhecimento *ex officio* de *exceções* substanciais por serem elas espécie de contra-direito do réu em face do autor. Assim, violaria o princípio da congruência (arts. 128 e 460 do CPC) o magistrado que levasse em consideração *exceção substancial* não alegada pelo réu. São exemplos: a prescrição (art. 189 do CC-2002); a compensação (arts. 368-380 do CC-2002); o direito de retenção (art. 1.219 do CC-2002); a exceção de contrato não cumprido (art. 476 do CC-2002) etc. Há também, embora raramente, exceções processuais, como são os casos da incompetência relativa e do compromisso arbitral (art. 301, § 4º, do CPC), duas questões que não podem ser examinadas de ofício pelo magistrado. No âmbito recursal, o parágrafo único do art. 526 traz exemplo de questão processual que somente pode ser examinada por provocação do recorrido (agravado): a necessidade de comprovar perante o juízo *a quo* a interposição de agravo de instrumento. Não se deve, portanto, considerar que toda exceção em sentido estrito é substancial nem que toda exceção substancial é exceção *stricto sensu*. Agora, a objeção. Considera-se *objeção* a questão que pode ser conhecida *ex officio* pelo magistrado. Existem *objeções substanciais*, como são os casos da decadência legal, do pagamento e das causas de nulidade absoluta do negócio jurídico (arts. 168, parágrafo único, e 424 do CC-2002; art. 51 do Código de Defesa do Consumidor) e, *processuais*, como as questões de admissibilidade do processo (art. 267, § 3º, do CPC). O CPC não cuida expressamente das *objeções substanciais*. O magistrado pode conhecê-las *ex officio*, no entanto, por força dos arts. 303, II e 462, ambos do CPC. Não obstante a redação do art. 327 do CPC aparentemente referir-se apenas às *exceções substanciais*, impõe-se a intimação para a réplica também quando o réu alegar objeção. A distinção entre *exceção* e *objeção* ganhou relevo, nos últimos tempos, com o recrudescimento da denominada exceção de não-executividade, defesa interna ao processo de execução formulada pelo executado, sem garantia do juízo. Para uns, somente seria possível objeção de não executividade, pois somente as matérias que podem ser conhecidas de ofício poderiam ser alegadas sem a necessidade de penhora (garantia do juízo); para outros, qualquer matéria defensiva poderia ser aduzida, desde que comprovada documentalmente (por isso o termo ‘exceção’, eu pode assumir a acepção ampla de ‘defesa’, qualquer uma).” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 64-67).

As exceções substanciais são matérias de natureza material e que por isso sujeitam-se ao ônus da parte em alegá-las, não podendo ser conhecidas de ofício pelo magistrado.

Por sua vez, as exceções processuais ou rituais<sup>576</sup> são questões de cunho processual que devem ser alegadas pelas partes, não podendo ser levantadas de ofício pelo juiz. Tem-se como exemplo a incompetência relativa.<sup>577</sup>

Já as objeções materiais são relativas às questões de ordem pública material e que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como a decadência.

Quanto às objeções processuais, são aquelas que envolvem uma questão de ordem pública processual ou de interesse público a justificar a intervenção de ofício do magistrado.<sup>578</sup>

Destarte, as partes também possuem importante papel no controle tempestivo da regularidade processual, especialmente sobre questões em que o magistrado tem o dever de se pronunciar oficiosamente.

Por fim, registre-se apenas que as partes devem agir com cooperação, boa-fé e lealdade dentro do processo, de modo a não postergar a alegação de questões processuais apenas para que, em momento oportuno e desfavorável, possam usar como um trunfo, na tentativa de reverter os resultados do feito.

---

<sup>576</sup> “A exceção em sentido amplo representa qualquer meio de defesa, mas o Código preferiu dar uma conotação formal, atribuindo a expressão apenas às defesas processuais. Assim, as exceções processuais são aquelas que têm por objeto a existência, validade ou regularidade do processo e são alegáveis na conestação. Já as exceções rituais são arguídas separadamente (art. 304 e ss.). As exceções substanciais são as que dizem respeito diretamente ao próprio mérito, e que visam impedir, modificar ou extinguir o alegado direito do autor. Já as objeções são as defesas que o juiz pode conhecer de ofício, relativas às questões de ordem pública. As exceções dilatórias são as defesas processuais prévias sujeitas ao princípio da eventualidade. Por sua vez, as exceções peremptórias são de natureza substancial, fundadas em questão de fato ou de direito, que se acolhidas ensejam a extinção do feito.” (MARCATO, Antonio Carlos. *Das exceções rituais no processo civil brasileiro: incompetência, suspeição e impedimento*. 1989. 216 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989. p. 12-17).

<sup>577</sup> No novo CPC, o assunto está tratado nos artigos 64 e 65.

<sup>578</sup> “A análise do panorama geral dos meios pelos quais são suscitadas as questões de ordem pública permite uma constatação. No plano do direito processual, as objeções são indicadas pela própria lei, nos artigos 245, parágrafo único, 267, § 3º, e 301, § 4º. A despeito dos graves problemas de organização e sistematização das objeções e exceções processuais, o legislador processual parece mais cuidadoso a respeito deste delicado tema, na medida em que se preocupa em afirmar com maior frequência quais são as atividades que o juiz realiza de ofício, e quais matérias podem ser invocadas apenas por iniciativa da parte. A determinação do que seja de ordem pública não está atrelada apenas a este fator, da iniciativa oficiosa na sua cognição, e só pode ser feita a partir de seus elementos caracterizadores, que são as leis imperativas que retratam interesses públicos relevantes, não passíveis de renúncia ou derrogação pela vontade das partes.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 131).

## 5 CONSEQUÊNCIAS RELATIVAS ÀS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA E DE INTERESSE PÚBLICO

Estabelecida a forma de projeção da ordem pública no processo, ou seja, como técnica de controle da regularidade do processo, importa agora verificar as variadas técnicas de tratamento das questões de ordem pública e de interesse público, porque os vícios processuais podem ter diferentes graus de importância para o processo, indo desde uma mera irregularidade, até um defeito intransponível, sendo que para cada nível de interesse público envolvido, há uma proporcional consequência que pode ser aplicada pelo magistrado.

Deixe-se assente ser dispensável o tratamento individual ou casuístico das hipóteses de defeitos processuais, uma vez que pode não haver uma só solução para o tipo de problema detectado, e ainda devem ser consideradas as peculiaridades do caso concreto, para se estabelecer um resultado que atenda à finalidade do processo.<sup>579</sup>

Assim, serão analisadas adiante técnicas processuais destinadas especialmente a salvar os atos processuais, ou então conferir a eles uma repercussão adequada, que possa equacionar a segurança jurídica inerente à forma com a efetividade que se espera da tutela jurisdicional, assegurando as garantias mínimas do processo justo.

### 5.1 Atos e nulidades processuais

#### 5.1.1 Introdução

O presente estudo aborda de modo sucinto o desenvolvimento da teoria dos atos e das nulidades processuais, na concepção do processo contemporâneo. São apreciados os atos e suas características, seus defeitos, bem como as nulidades e suas repercussões na relação jurídica processual.

A importância do tema é indiscutível e sua sistematização é um desafio para qualquer ordenamento jurídico. Assim, a investigação do assunto visa à tentativa de se definir alguns parâmetros basilares para a averiguação da problemática que envolve os referidos institutos processuais.

---

<sup>579</sup> “É inteiramente dispensável a discriminação casuística, por isso que a matéria das nulidades processuais comporta sistematização geral, segundo categorias invariáveis e constantes.” (LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, cit., p. 70).

Destarte, pretende-se aqui avaliar os atos processuais juntamente com a análise das nulidades processuais, bem como os efeitos que a decretação destas pode produzir no processo, sendo certo que a matéria deve ser abordada à luz das modernas concepções processuais, cujos parâmetros são bem mais amplos e complexos do que os utilizados quando do surgimento das primeiras discussões envolvendo o assunto.

Ao longo dos séculos XX e XXI, importantes transformações atingiram a teoria do processo, especialmente com o advento da Constituição da República de 1988, que irradiou seus valores ideológicos para todos os ramos do direito. Com o processo civil não foi diferente, e o novo modelo constitucional afetou os diversos institutos processuais. Alguns deles se adaptaram rapidamente às novas mudanças, mas outros não evoluíram com a mesma velocidade.

Isso ocorreu com os atos e com as nulidades processuais, cujas características e consequências continuaram vinculadas a preceitos ultrapassados, que não mais atendem aos propósitos do processo contemporâneo. O assunto, polêmico desde o século XIII<sup>580</sup> nos maiores sistemas jurídicos mundiais, ainda não possui uma teoria concluída e continua despertando a investigação por parte dos processualistas.

Dessa forma, considerando a importância do tema, bem como de seus resultados práticos na sede do processo, serão abordados os principais pontos relacionados à teoria dos atos e nulidades no processo. Para fins expositivos, serão analisados os elementos dos atos processuais e suas características para, a seguir, refletir sobre os seus defeitos.

Em sequência, será observado o sistema das nulidades processuais e, ainda, a repercussão dele no processo, com realce para os princípios nele aplicáveis, inserindo o assunto sob a perspectiva das mudanças paradigmáticas que acometeram o direito processual após a sua constitucionalização.

### 5.1.2 Necessidade de uma teoria contemporânea

Até os dias atuais, a teoria dos atos e das nulidades processuais tem ensejado profundas controvérsias entre estudiosos, tanto em relação aos seus aspectos conceituais, quanto no que tange aos seus efeitos no processo.

---

<sup>580</sup> Roque Komatsu noticia que nessa época passou a ser observado o instituto da querela *nullitatis*, por meio do qual a sentença nula deixava de ser juridicamente inexistente e passava a exigir algum meio de impugnação, levando a doutrina a reconhecer que por esse modo o conceito romano de nulidade se transformara no novo conceito de anulabilidade, inspirado no princípio da validade formal da sentença (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 61).

As razões da problemática estão no dinamismo do processo que, ao contrário do direito material, sempre se adapta à realidade fática e jurídica construindo relações jurídicas processuais próprias, e na interdependência e finalidade dos atos, que demandam uma análise mais ampla dos vícios e de seus reflexos processuais. Não bastasse, a existência de sujeitos públicos e privados dentro do processo faz com que os atos possam ser avaliados de forma distinta para cada tipo de interesse envolvido.

A doutrina nacional, tal qual a estrangeira, sempre encontrou dificuldades em relação à contaminação processual por um vício de forma ou de conteúdo, seja pela associação com o ato jurídico de direito material<sup>581</sup>, seja porque o eventual reconhecimento de um defeito, com a aplicação de uma sanção de nulidade, implica o comprometimento parcial ou integral da cadeia de atos de um processo, afetando a celeridade desejada.

Penoso para uma parte, que vê perdido o seu esforço, e também para a outra, que poderá sofrer os efeitos de um ato comprometido<sup>582</sup>. Outrossim, o intérprete tem a missão de compreender o contexto do defeito do ato processual em suas sutilezas de modo, a não aumentar as atribuições.

Por outro lado, a matéria encontra-se estagnada desde o CPC de 1939 e não há qualquer novidade em tema de nulidade, inclusive no Projeto de Novo CPC, no qual continua a má redação, com artigos contraditórios, repetitivos e desnecessários. Além disso, o Projeto não dissociou as nulidades do direito material, para criar uma teoria eminentemente processual e, ainda, faltou dar uma roupagem contemporânea ao assunto.<sup>583</sup>

### 5.1.3 Direito estrangeiro: dificuldade em sistematizar as nulidades

---

<sup>581</sup> “O ato processual, a relação processual, a nulidade processual estarão sujeitos a normas e princípios específicos do Direito processual, que permitem distingui-los dos institutos equivalentes do Direito civil. Mas as suas peculiaridades não afetam, na essência, a sua natureza nem impedem o enquadramento na categoria de ato jurídico de relação jurídica e de nulidade. O superconceito ou noção categorial dos vários institutos jurídicos, comuns nas diferentes ramificações, deve ser colocado na Teoria Geral do Direito, e não do Código Civil, sob pena de produzir-se erro de método, já que ainda hoje é bastante comum considerar-se exclusivas do Direito civil determinadas figuras que podem ter regime jurídico de Direito público.” (KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 25).

<sup>582</sup> “Um dos aspectos mais misteriosos do formalismo é seu alto custo. Quanto mais formalidades, tanto maior será o consumo de recursos materiais e humanos. Com efeito, o processo gasta com um passivo de custos variados, alguns espirituais ou morais, como o desgaste, a exposição ou o cansaço, outros de natureza financeira, economicamente mensuráveis. É impossível livrar-se desses custos, mas deve ser um objetivo diminuí-los.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 346-347).

<sup>583</sup> “A sistematização das nulidades processuais visa a conferir maior qualidade ao processo, e a rigidez dos requisitos dos atos processuais pretende assegurar que esses atinjam a sua finalidade, conferindo, ao mesmo tempo, maior segurança jurídica às partes.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 403).

O Brasil não é o único país a ter um sistema de nulidades incompleto, pois o tema das nulidades processuais demanda grande esforço teórico em diversos ordenamentos jurídicos, cuja dificuldade conceitual e prática acompanham a própria evolução histórica do direito processual.<sup>584</sup>

Especialmente nos países pertencentes à família do *civil law*, a associação da teoria dos atos e nulidades do direito material com a dos atos e nulidades do direito processual torna o estudo da matéria espinhoso, confuso e incompleto.

Em linhas gerais, e sem adentrar a nenhum ordenamento jurídico específico, observa-se que diversas mudanças afetaram o direito do processo e, por conseguinte, os paradigmas dos institutos processuais, passando-se a reconhecer e implementar as garantias fundamentais de uma boa justiça, com o respeito ao modelo universal de processo justo.

Assim, modulação do processo pela mundialização do procedimento constituiu uma grande mudança no procedimento de tradição milenar. Não bastasse, a evolução da técnica de processo trouxe como ponto comum a emergência dos princípios diretivos do processo, que se traduzem no diálogo, na confiança legítima das partes e destas com os juízes, com mais celeridade, sendo que os atos dos juízes, das partes e do Ministério Público foram modificados para atender aos princípios estruturantes.

As metamorfoses do procedimento e do direito processual induzem a uma nova concepção de processo, que leva a um direito processual transnacional, visto pelo ângulo da proteção das liberdades dos direitos fundamentais.<sup>585</sup>

Como consequência, nota-se no direito estrangeiro a adoção de modelos mais flexíveis de tratamento dos atos e das formas processuais, com a aplicação de técnicas processuais que permitem uma maior disposição, como ocorre nos sistemas estadunidense, inglês, francês e português.

---

<sup>584</sup> Sobre a evolução histórica do instituto das nulidades processuais em variados sistemas jurídicos, consultar: KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 42-75. Ver também sucinta demonstração em: MARDER, Alexandre Salgado. *Das nulidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20-21.

<sup>585</sup> E dentre as mudanças que afetaram o direito do processo, podem ser citadas: a) as alterações nas leis de procedimento, que ensejaram uma evolução na justiça, por uma justiça mais acessível, mais consensual, mais rápida; b) as das práticas judiciárias, ou seja, as mudanças nas práticas dos tribunais; c) as na relação entre os sujeitos do processo, entre os litigantes e os juízes, com o estabelecimento de um diálogo participativo e interativo, fortalecendo a democracia, tanto em matéria civil como em matéria penal; d) as mudanças estrangeiras, eis que as práticas estrangeiras influenciam as grandes mutações nos sistemas jurídicos contemporâneos, com a evolução de procedimento e uma mundialização do direito do processo. O tema é tratado em: GUINCHARD, Serge et al., *Droit processuel: droits fondamentaux du process*, cit., p. 1-47.



Esse movimento pela busca de meios capazes de aprimorar a técnica processual e proporcionar uma prestação jurisdicional mais adequada decorreu, antes de tudo, da mudança de paradigma ideológico que afetou tanto os países da *common law* como os da *civil law*.

Nesse passo, os atuais sistemas estrangeiros de nulidades processuais – ainda que possuam certas particularidades em um ou outro ordenamento jurídico –, estão gradativamente sofrendo uma enorme influência desses preceitos, o que demanda a construção de uma teoria contemporânea, prestigiando em maior escala a efetividade, mas sem abandonar as garantias fundamentais do processo.

## 5.2 Atos processuais: dissociação do direito material

Os atos processuais, instituídos por normas de direito público<sup>586</sup>, constituem uma das espécies de atos jurídicos *lato sensu*, os quais, por sua vez, integram a categoria ampla de fatos jurídicos. Os fatos jurídicos, em linhas gerais, são os acontecimentos naturais ou voluntários suscetíveis de produzir efeitos na ordem jurídica<sup>587</sup>. Tanto os fatos jurídicos como os atos jurídicos<sup>588</sup> possuem conceito elaborado pela teoria geral do direito<sup>589</sup>. Por sua vez, os atos processuais também são tratados pela novel teoria geral do processo.

Como se sabe, o processo, até a autonomia do direito de ação, era considerado um complemento do direito material, o que fez com que a teoria dos atos jurídicos processuais herdasse preceitos incompatíveis com as características do processo, em que a relação jurídica encontra-se em constante mutação e cujos atos “têm uma unidade de finalidade”.<sup>590</sup>

<sup>586</sup> “Como é evidente, as características que são próprias dos atos jurídicos de direito público os tornam diferentes dos atos jurídicos de direito privado. Têm normatização jurídica peculiar, em face da predominância do interesse público neles sempre presente.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 160).

<sup>587</sup> “Podemos, portanto, distinguir no gênero fato, o *fato natural*, em que o agente causador é algo que não o homem, do *fato do homem*, chamado de *ato*, justamente por se agente causador da transformação ocorrida o homem com sua conduta.” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 20).

<sup>588</sup> Vicente Ráo, ao classificar as espécies de atos jurídicos, prevê a existência de atos jurídicos de direito público judiciário, conceituando estes como o conjunto de princípios e normas que disciplinam a organização e o funcionamento do poder jurisdicional do Estado, neles compreendidos a organização judiciária e o processo. (RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 81).

<sup>589</sup> “Com vistas a essa mediatidade ou imediatidade da relação entre os efeitos e a vontade, o que se deve levar a cabo é uma exata distinção entre fato e ato jurídico. A diferença formal exterior, extrínseca, que *ictu oculi* se revela entre fato e ato jurídico, é a de que os primeiros consistem em *ações materiais*, em condutas reais, e os outros em *pronunciações* [...]” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 57-58).

<sup>590</sup> GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 273.

Porém, a teoria do ato no direito material é insuficiente para compreender os contornos dos atos processuais<sup>591</sup>, até porque naquela considera-se mais o plano da existência e o da validade, enquanto que nestes é o plano da eficácia que realmente importa.

Assim é que as diferenciações entre os atos jurídicos do direito material e os atos jurídicos processuais<sup>592</sup> vêm sendo impropriamente abordadas na doutrina e na jurisprudência, que acabam dando o mesmo tratamento aos dois institutos, comprometendo tanto as características que são peculiares aos atos do processo, como os resultados oriundos da violação das duas espécies de ato mencionadas.

Em comum entre os dois atos está a vontade do agente, indispensável para a sua configuração, sob pena de termos um fato jurídico – processual ou não – cujos efeitos independem da declaração de vontade para serem produzidos. Conclui-se, pois, que não há ato sem manifestação de vontade.

Entretanto, a vontade inerente ao ato jurídico pode expressar-se em dois contextos: a) na própria declaração contida no ato inicial (vontade do ato); e/ou b) no resultado final que o ato é capaz de produzir (vontade de resultado). Essa distinção é importante porque, no processo, em regra, o que predomina e é relevante é a vontade no resultado, sendo secundária a preocupação com a vontade declarada no ato inicial, em que pese haver situações processuais em que tanto a vontade inicial quanto a vontade de resultado podem ser igualmente consideradas.

Por fim, esclarece-se que os atos jurídicos materiais são constituídos de forma, conteúdo e sujeitos que não coincidem necessariamente com os requisitos exigidos pelo direito processual e devem ser criteriosamente observados, para se evitar equívocos ou dificuldades no estabelecimento das consequências.

---

<sup>591</sup> “Os elementos distintivos de umas e outras surgem de diferenças que podem resumir-se do seguinte modo: 1. O Direito processual é um ramo do Direito público e fica, assim, diferenciado particularmente do Direito privado por esta circunstância. O que faz com que suas normas busquem sobretudo a afirmação do interesse público com uma marcada prevalência do poder do Estado. Peculiaridade que fundamenta sua autonomia e a teoria das nulidades processuais, que vem a ter o seu apoio, inclusive na Constituição. 2. Se as normas do Direito processual são normas de Direito público, em determinados aspectos as nulidades terão lugar de um modo distinto do que têm no Direito substancial. 3. Na relação jurídica processual campeia e domina, no dizer de Chiovenda, a atividade do órgão do Estado e têm predomínio os interesses de ordem pública sobre os interesses privados. Isso faz com que se possa sustentar a validade de um ato que, visto somente do segundo ângulo, deveria considerar-se nulo. 4. O caráter publicístico do processo faz com que se tenda a eliminar todas as nulidades que não prejudiquem sua finalidade. 5. Nos atos processuais existe uma relação entre as partes e o Estado e, em sua realização, o Estado atua como pessoa de Direito público; ambas razões fundamentais para que se faça reger as nulidades ocorridas no processo por princípios distintos dos do Direito civil.” (KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 27).

<sup>592</sup> Também entendendo pela necessidade de uma teoria própria para os atos processuais, ver: MAYER, Lucie. *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*. Paris: IRJS Éditions, 2009. p. 530-531.

### 5.2.1 Características dos atos processuais

Os atos processuais possuem características distintas dos atos jurídicos em geral, sendo que três as mais marcantes: a primeira é que seus efeitos são determinados por lei e não livremente pela vontade das partes, o que os diferencia dos atos jurídicos privados; a segunda é que o ato é processual por ser praticado no processo e nele serem produzidos os seus efeitos; e a terceira é que o direito material é muito mais formal do que o direito processual, uma vez que não prevê a convalidação.

Não obstante, os atos processuais possuem estrutura e finalidades que não coincidem com os atos jurídicos que regem o direito privado. Estes últimos destinam-se a regular interesses e relações particulares, enquanto que os atos jurídicos processuais partem das premissas que integram o plano do direito público e se prestam a instrumentalizar os interesses denominados gerais, públicos, sociais, indisponíveis etc., que rondam o próprio processo.

Por sua vez, o critério de definição da natureza processual dos atos jurídicos é controvertido na doutrina, podendo ser identificadas três posições: a que entende ser suficiente a produção de efeitos no processo para emprestar ao ato o caráter processual; a que vincula o ato processual aos sujeitos da relação processual; e, por fim, a que atribui à sede do ato especial relevo, considerando processual o ato praticado no processo.

Sobre a polêmica, Calmon de Passos, após analisar as diversas teorias sobre o tema, define que a sede, a natureza do ato, os sujeitos ou a intenção do ato, isoladamente, não são suficientes para caracterizar o ato processual, cujo adjetivo só se justifica se as referidas características estiverem simultaneamente presentes. Em outras palavras, o ato deve se manifestar no processo, pelos sujeitos do processo, deve ser intrinsecamente processual e com capacidade de produzir efeitos processuais.<sup>593</sup>

---

<sup>593</sup> “A relevância da sede para a caracterização do ato processual parece conclusão correta, desde que atendido quanto ao exposto. Não há nos atos processuais praticados fora do processo. Só a atividade desenvolvida no processo pode consubstanciar-se em atos processuais que se colocam sob disciplina (teoria geral) comum aos atos processuais, o que não significa, entretanto, sejam processuais todos os atos praticados no processo. *Somente são atos processuais aqueles que também produzem, no processo, efeitos processuais.* Tanto não basta, contudo. Ainda se faz necessário cuidar-se de ato que *só no processo pode ser praticado. Atos processuais, por conseguinte, são os atos jurídicos praticados no processo, pelos sujeitos da relação processual ou pelos sujeitos do processo, capazes de produzir efeitos processuais e que só no processo podem ser praticados.* A razão de ser dessa definição assenta em algo que entendemos de relevância decisiva. Há uma teoria geral dos atos processuais, distinta da aplicável aos atos de direito material ou de atos processuais não se deve cogitar. E se não casarmos as exigências precedentemente apontadas, cairemos na cilada de lidarmos com atos processuais cuja disciplina atenderá a quanto previsto para os atos de direito material e vice-versa, o que é, a nosso ver, um modo inaceitável de se teorizar dogmaticamente.” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 53).

Contudo, o único critério que se mostra efetivamente necessário para fins de constituição de um ato processual é a sua sede, ou seja, o fato de o ato ser praticado no processo ou a ele incorporado, porque as demais exigências não podem ser consideradas de caráter absoluto para tal fim.

De fato, esse parâmetro – a sede – é decisivo para a constituição e identificação de um ato processual. Ainda que o ato tenha raízes na disciplina do direito material, a partir do momento em que integra o processo, passa a ter sua natureza automaticamente transmutada para a de ato processual, sujeitando-se a todos os pressupostos, requisitos e condições inerentes ao direito processual, relegando para segundo plano as exigências do direito material.

Não se nega que, em relação à natureza do ato, se processual ou substancial, ambos serão passíveis de provocar reações processuais, se a lei assim o determinar. Porém, dentro do processo, assumem a natureza eminentemente processual, independentemente de sua qualificação originária.

Um exemplo é a transação. Na pendência de um processo judicial, as partes podem transacionar extrajudicialmente, cuja consequência processual será apenas a perda superveniente do objeto litigioso e a extinção do feito sem resolução do mérito. Contudo, a partir do momento em que os sujeitos da relação processual resolvem judicializar o acordo, fazem com que esse negócio jurídico se submeta aos preceitos do direito processual. E, no campo processual, não será considerada a correspondência entre a vontade dos sujeitos (autonomia privada) e a consequência de direito material, mas sim os efeitos pretendidos quando da conduta volitiva manifestada no processo, cuja relevância pode se dar somente quanto à vontade de resultado, ou então abranger a vontade do ato e a do resultado.

Isso porque, independentemente da discussão acerca de se tratar de ato ou de negócio jurídico processual, o que importa é que, no processo, a conduta adquire a qualidade de ato de vontade processual, cujos efeitos deverão ser condizentes com a referida espécie normativa.

Dessa forma, no que tange à intenção do agente em relação ao direito material, conclui-se que ela só será considerada se for destinada a produzir consequências processuais, ou seja, se vier acompanhada de uma finalidade processual, uma vez que, isoladamente, não traz reflexos à relação processual. Assim é que a vontade do ato (inicial), por si só, pode provocar alterações no mundo jurídico, mas não na relação jurídica processual, que dependerá, sempre e também, da existência de uma vontade de resultado.

É evidente que para alguns atos processuais a declaração de vontade inicial é importantíssima para se delimitar a própria abrangência do processo, como é o caso dos atos

postulatórios, em que qualquer vício ou falta de vontade do autor comprometem toda a relação jurídica processual.<sup>594</sup>

Também é certo que eventuais vícios de vontade poderão ser suscitados para fins de se tentar desconstituir tanto a conduta processual, como as consequências dela decorrentes.

Por sua vez, reconhece-se que as espécies de vícios de vontade – que podem atingir tanto o ato quanto o resultado – estão estabelecidas no âmbito do direito material. Porém, nesse caso, não é a natureza do ato – se processual ou material – que deverá ser considerada quando da tutela jurisdicional constitutiva negativa pretendida, mas sim a existência de vicissitudes sobre a vontade em si, em relação às consequências processuais desejadas.

Nesse passo, se a coação sobre a vontade de um sujeito que praticou ato jurídico que era originariamente material for questionada após a sua inserção no processo e para os fins processuais, a consequência será a mesma da de um ato processual qualquer, ou seja, a desconstituição dos efeitos produzidos no processo, já que a partir do momento em que integrou a referida esfera, assumiu a vontade sobre o resultado que poderia advir do direito processual, e não do direito material, ainda que, obviamente, defina conflitos relativos a esse âmbito. Em outros termos, para os fins processuais, o direito substancial terá relevância apenas de meio, já que será o direito processual o responsável por estabelecer todas as consequências concernentes à controvérsia levada a juízo.

Afastada, pois, a importância da natureza originária do ato para os fins processuais, verifica-se também que não há necessidade do ato ser praticado exclusivamente pelos sujeitos do processo para que seja considerado ato processual, bastando que integre o processo e tenha possibilidade de nele surtir efeitos.

Não se nega que alguns acontecimentos durante o procedimento podem não ter relevância para o processo e ensejar consequências que não possuem identificação com a relação processual. Exemplificando, em audiência, diversas situações anômalas – e às vezes desagradáveis – podem ocorrer, envolvendo os sujeitos do processo, o que, inclusive, será objeto de consignação em ata pelo juiz. Porém, se o fato não tiver relevância para o processo e nem aptidão de produzir efeitos naquela relação processual, não há como considerar tratar-se de ato eminentemente processual. Por exemplo, se a testemunha arrolada, após seu depoimento com o devido compromisso, resolve ter um ataque de pânico na audiência capaz

---

<sup>594</sup> Sobre o tema, há importante obra que analisa criteriosamente a vontade do ato postulatório: SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

de provocar a paralisação do ato para que se resolva a questão, não dá para considerar esse fato como importante para o processo em si, já que seus efeitos serão meramente práticos.

Por outro lado, se o ato for praticado por qualquer dos sujeitos processuais fora do processo e para ele não for trazido, não há configuração de ato processual, mas apenas de um ato que, no máximo, será qualificado como jurídico.

Além disso, se algum sujeito não integrante da relação processual praticar um ato e o trazer para dentro do processo, certamente estará apto a surtir efeitos processuais. Cite-se, como exemplo, a expedição de ofício de um determinado juízo solicitando a reserva de bens ou valores que estão sofrendo execução forçada em outra comarca. Nesse caso, o magistrado solicitante não pode ser considerado sujeito da execução<sup>595</sup>, mas o ato praticado realmente terá aptidão para provocar efeitos processuais relevantes no bojo do feito executivo.

A sede é, portanto, o critério definidor da natureza jurídica processual do ato.

Outra característica marcante dos atos processuais é que eles não se apresentam isoladamente, mas se interligam pela unidade do escopo e, portanto, são interdependentes. Com isso, todos os atos processuais são orientados numa só direção, objetivando, segundo a natureza do processo, um ato final, que é o exercício da jurisdição. Apresentam, pois, unidade de fim. Dessa forma, em razão das suas características, um ato depende do outro, em grau maior ou menor, peculiaridade essa importante no estudo da teoria das invalidades processuais.

Há ainda no processo civil discussão acerca da diferenciação entre os conceitos de ato jurídicos processuais em sentido estrito – em que é considerada a vontade do ato, mas não a vontade do resultado – e de negócios jurídicos processuais – em que seriam relevantes tanto a vontade do ato como a vontade do resultado. Entretanto, considerando que estes últimos reclamam a intermediação do magistrado para a produção de efeitos no processo, ou seja, dependem de um ato integrativo do juiz para a ocorrência de consequências processuais, alguns juristas<sup>596</sup> não aceitam a existência de negócios jurídicos processuais.

---

<sup>595</sup> Em sentido contrário: “A atividade processual (aquela que se desenvolve no processo e pelo direito processual é regulada) não é atividade apenas dos sujeitos da relação processual, sim de todos quantos exercitam no processo, a qualquer título, direitos, poderes, faculdades, funções ou atendem a deveres e obrigações que lhes foram por lei atribuídos [...] Sujeito do ato processual, ao contrário, pode ser toda e qualquer pessoa que, no processo, desenvolve alguma atividade, pelo que outros que não os sujeitos principais ou secundários do processo devem ser incluídos.” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 45).

<sup>596</sup> “Sendo fundamental o querer específico do resultado prático pretendido, deixa de ser relevante a consciência e o conhecimento, pelos agentes, das consequências agregadas normativamente, que lhes são imputadas, contudo, por força do princípio, necessário de que a ninguém é dado desconhecer o direito. Reclama-se, por conseguinte, na espécie, não só a vontade do ato como a vontade do resultado prático, conscientemente perseguido, acrescentado ou não de outros que a ele o direito associe impositivamente. Estamos, aqui, no

Com efeito, o *caput* do artigo 158 do CPC estabelece que: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”. A conclusão preliminar é a de que existem, de fato, negócios jurídicos aptos a produzirem efeitos imediatos no processo, independentemente de um pronunciamento judicial.

Porém, assim não deve ser entendido, já que mesmo que esteja presente a vontade do ato como a vontade do resultado, o pronunciamento judicial sobre a declaração de vontade das partes será sempre essencial para a produção de efeitos no processo, pois, mesmo a transação<sup>597</sup>, a desistência ou a suspensão do feito não são eficazes para o processo e nem produzem consequências processuais, senão quando submetidas ao dizer integrativo da manifestação judicial.

A dificuldade inicial quanto ao tema está em diferenciar o tipo de interesse em jogo, ou seja, se é um ato com predominância de interesse público ou se predomina o interesse privado. Leonardo Greco, inclusive, atribui a problemática da matéria ao tipo de sujeito que pratica o ato. Para ele, os atos praticados pelos sujeitos públicos (juiz, escrivão, oficial de justiça ou Ministério Público) são regidos pelo direito público, enquanto que os atos dos sujeitos privados desdobram-se em: atos de direito privado, se praticados por sujeitos

---

campo dos denominados *negócios jurídicos*. Concluindo: o processo é um conjunto de atos praticados pelos sujeitos da relação processual e pelos sujeitos do processo. Deles há alguns nos quais é todo irrelevante perquirir-se o elemento vontade, operando-se exclusivamente com o nexo de causalidade. São os fatos *atos-fatos jurídicos processuais*. Os atos praticados no processo, em sua quase totalidade são *atos jurídicos em sentido estrito*, para os quais se exige ‘a vontade do ato’ sem que se deva cogitar da ‘vontade do resultado’, por motivo de ser o resultado predeterminado pela norma (o direito objetivo) retirando o agente, no particular, de qualquer poder de determinação. Por fim, também excepcionalmente, pode-se falar em *negócios jurídicos processuais*, quando sejam relevantes tanto a vontade do ato quanto a vontade do resultado. No tocante ao nosso sistema processual, tenho dúvidas quanto à existência de lídimos negócios jurídicos processuais. Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil somos tentados admiti-los. Dizendo ele que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, ressalvando apenas, em seu parágrafo único, a desistência da ação, sugere a existência de negócios jurídicos processuais em nosso sistema. Sempre coloquei ressalvas a esse entendimento, porque convencido de inexistirem, em nosso processo civil, declarações de vontade das partes com eficácia imediata no processo, sempre reclamando, para isso, a intermediação do magistrado. De toda e qualquer declaração de vontade das partes é ele destinatário e seu pronunciamento sobre elas é essencial para a produção de efeitos no processo. Daí afirmar que se admitirmos como negócios jurídicos processuais a desistência da ação ou do recurso, a suspensão do processo por acordo das partes etc., serão negócios jurídicos apenas por motivo de relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por sí sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo e nele produzam as consequências pretendidas pelos interessados. Estas, para que ocorram, reclama o pronunciamento judicial, que lhes emprestará o caráter de atos do processo. Sem esse dizer integrativo, consequências de natureza processual são indeduzíveis. Se consequências de natureza substancial podem ser retiradas, as de natureza processual condicionam-se à intermediação do juiz.” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 68-70).

<sup>597</sup> “A transação, portanto, não é ato processual, podendo apenas a constituir-se *objeto* de um ato processual. Consequentemente, fora do processo, ela somente existe como contrato de direito material e só produz efeitos de direito material [...]” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 51-52).

privados, com aplicação da teoria dos atos ou negócios jurídicos do direito civil; e atos praticados por partes que são órgãos públicos. É nesse último caso que residiria a dúvida se o ato se enquadraria no regime do direito civil ou do direito público<sup>598</sup>. Entretanto, a diferenciação entre os atos não deve ser vista sob a ótica dos sujeitos que os praticam, já que, uma vez inseridos no processo, se submetem a toda sistemática inerente ao direito processual.

Outro questionamento que se dirige aos efeitos dos atos processuais é quando atingem tanto o direito processual quanto o direito material. Aqui a controvérsia é instalada em razão do conteúdo do ato, que pode exigir, também, requisitos do direito material, como é o caso da transação, da renúncia ao direito, do reconhecimento do pedido etc.

Ocorre que a teoria dos atos processuais deve seguir uma coerência lógica e uniforme, não podendo se desviar de seus critérios, em razão de circunstâncias secundárias.

Assim é que os elementos do ato processual em relação à capacidade dos sujeitos, à forma e ao conteúdo devem obedecer somente às regras do direito processual e não se preocuparem com os efeitos do direito material, sob pena de nunca se conseguir sistematizar uma teoria sólida sobre o assunto. Em outros termos, o fato de um ato processual eventualmente produzir efeitos no direito material é uma consequência acidental e não faz com que sua natureza jurídica deixe de ser de direito público e passe a ser de cunho negocial ou mista, em razão de ser integrada com elementos de direito material.

Ora, a existência de vício ou ilicitude contido no objeto tutelado relacionado ao direito material não atinge de forma automática o ato processual que o legitimou. Tanto é assim que pode ser judicialmente questionado por meio de mecanismos processuais próprios, diferentes dos destinados a averiguar a licitude dos atos processuais.

Isso significa que a licitude dos atos jurídicos do direito material não se confunde com a licitude inerente aos atos processuais, de modo que o tratamento de ambos deve, inclusive, ser processualmente distinto e não pode influir ou modificar a natureza jurídica do ato praticado na relação processual.<sup>599</sup>

---

<sup>598</sup> GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*: introdução do direito processual civil, cit., v. 1, p. 274-275.

<sup>599</sup> “A prevalência do direito material ou do direito processual, quanto à capacidade e à forma, se atos forem praticados fora ou dentro do processo ou neste exclusivamente destinados a produzir efeitos, e a observância, quanto ao conteúdo, de um e de outro, na medida em que os efeitos dos atos devam produzir-se neste ou noutro plano, são princípios que somente expressa a disposição legal em contrário que pode derogar, porque, embora, no Brasil, a União possa legislar sobre o direito processual e também sobre grande parte do direito material, o direito processual tem os seus próprios princípios, como o princípio *pro actione* e o da liberdade das formas, que facilitam o acesso à justiça mesmo de sujeitos ou entes que não têm personalidade jurídica ou capacidade civil e relegam a plano secundário muitas garantias formais supridas pela instrumentalidade do processo e pela sua permanente sujeição à supervisão da mais qualificada e confiável autoridade pública, que é o juiz, que não deve ser entendida como supressora da liberdade das partes, mas fiscalizadora da adequação do seu exercício com os fins institucionais do processo.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras



É claro que a licitude do objeto, em razão do seu evidente interesse público, seja de direito material ou de direito processual, deverá estar presente no ato processual, sob pena de sofrer as consequências processualmente previstas (declaração de nulidade do ato), a exemplo do direito indisponível, dívida de jogo, pena de morte. No entanto, os demais elementos do conteúdo do direito material, em razão de sua natureza privada e, portanto, disponível, podem ser sublimados, alterados ou dispensados pelas normas de direito processual (convalidação), como as concessões mútuas da transação, que podem não ocorrer no processo.<sup>600</sup>

Por sua vez, não importa se há vontade de mais de um sujeito ou se a vontade é unilateral ou bilateral, uma vez que mesmo no ato complexo, a intenção considerada deve ser a objetivamente demonstrada e visa a um só efeito processual: a homologação judicial.

Nota-se, pois, que é falsa a afirmativa de existência de negócios jurídicos processuais.<sup>601</sup>

Por fim, registre-se que os atos processuais são sempre condutas comissivas, já que as omissões no processo constituem meros fatos jurídicos processuais, ainda que decorrentes de manifestação tácita de vontade.<sup>602</sup>

reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 1, v. 1, p. 14, out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014).

<sup>600</sup> “A meu ver, todo ato do processo, ou seja, todo ato que seja praticado na relação processual, como seu elemento integrante, deve observar a capacidade do sujeito, o conteúdo e a forma prescritos pela própria lei processual. O direito processual tem as suas próprias regras. Ainda que esses atos produzam efeitos de direito material, sua subordinação ao regime processual é inerente à sua natureza processual. Entretanto, cabe considerar que há atos do processo que possuem conteúdo de direito material, como uma transação. Se celebrada através de ato processual, deve observar em todos os seus elementos o direito processual, mas também deverá observar, quanto ao conteúdo ou objeto, o direito material de regência da respectiva relação jurídica. Todavia, se um ato processual contém um negócio de direito material em que este exige capacidade ou forma diversos dos prescritos pela lei processual, não se pense que o ato processual nesses aspectos deva observar o direito material. Seu conteúdo deverá respeitá-lo, mas a capacidade dos sujeitos e a forma se desprendem do direito material para submeter-se às regras próprias do direito processual.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 1, v. 1, p. 13-14, out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014).

<sup>601</sup> “*Tampoco se puede transplantar al campo procesal la categoría iusprivatística del negocio jurídico, ni siquiera desde la perspectiva del juicio con relación jurídica. En efecto, una de las críticas que se formula a esta teoría de la naturaliza jurídica del juicio, es que éste más que una relación jurídica, sería un conjunto de relaciones jurídicas, un negocio jurídico. Aquí se esfumaría el propio concepto de juicio. La categoría se ha querido aplicar dentro del juicio a determinadas instituciones que presentan externamente un marcado carácter negocial, como por ejemplo, el pacto de sumisión, la transacción, el arbitraje. Sin embargo, prescindiendo ahora de discutir sobre la verdadera naturaliza jurídica de dichas instituciones, lo cierto es que sus efectos se producen exclusivamente a través de los actos procesales que los reconocen.*” (RAMOS MÉNDEZ, Francisco Ramos. *El sistema procesal español*. 5. ed. Barcelona: José Maria Bosch, 2000. p. 310).

<sup>602</sup> “As omissões no processo, para nós, constituem fatos e não atos jurídicos processuais. O não comparecimento das partes à audiência de instrução, antes de ser uma declaração de vontade, mesmo presumida, é um mero fato, uma omissão à qual a lei associa determinados efeitos processuais sem que se dê maior relevo à vontade que a tenha informado [...]” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 61).

Nem por isso as omissões deixam de ter capacidade de produzir efeitos processuais, do que se conclui que a inércia da parte para o direito processual é mais relevante do que para o direito material, em que a omissão não gera nem fato e nem ato. Acrescente-se que a não produção do ato pode ser intencional ou não. A primeira surtirá efeitos dentro do processo, já a segunda dependerá de análise quanto às justificativas escusáveis.

### 5.2.2 O ato inexistente

A teoria do ato inexistente<sup>603</sup> é controvertida no nosso ordenamento jurídico<sup>604</sup>. Para quem admite, essa espécie de ato seria “a irrelevância resultante da falta de um elemento mínimo ou constitutivo do fato com relação ao suporte fático, ficando por isso impedida a incidência do preceito normativo e a concretização do fato jurídico”<sup>605</sup>. Em outros termos, seria a falta de qualquer um dos elementos constitutivos essenciais do ato – sujeito, forma e conteúdo – capaz de impedir a formação da própria fisionomia do ato.

Segundo a doutrina<sup>606</sup>, a inexistência não se confunde com a nulidade e nem com a ineficácia<sup>607</sup>. Na primeira, o vício absoluto e insuperável faz com que se constitua um fato, mas não chega a formar um ato jurídico, atuando, pois, no plano da própria constituição do ato; na segunda, o ato existe, mas por lhe faltar algum requisito importante, deixa de ser válido, ou seja, o vício atua sobre o plano da validade; na terceira, há elementos de existência, há requisitos de validade, mas falta o fator de eficácia e, por isso, o ato se torna ineficaz (plano da ineficácia).

Não obstante, a discussão possui tratamento distinto no direito material e no direito processual.

<sup>603</sup> “A origem da teoria do ato inexistente encontra-se na França, nos começos do século XIX, sendo adotada e desenvolvida pelos juristas daquele país, especialmente por aqueles da chamada escola da exegese.” (KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 154).

<sup>604</sup> “Primeiramente, convém destacar a impropriedade terminológica do conceito. No processo, quando se fala em ato inexistente, quer se dizer que um ato foi praticado, mas que ele não possui elementos suficientes para ingressar no mundo jurídico e, então, gerar efeitos jurídicos. O vocábulo ‘ato’ pressupõe que algo tenha sido realizado. O vocábulo ‘inexistente’, ao contrário, guarda relação com a idéia de ausência, falta. Dizer-se que um ato é inexistente significa que ele foi praticado e, ao mesmo tempo, não foi. Percebe-se de forma clara a contradição entre os termos da expressão. Logicamente, ou o ato foi praticado ou não foi: *tertium non datur*.” (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32).

<sup>605</sup> KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 159.

<sup>606</sup> Por todos, ver: PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 89-104.

<sup>607</sup> “Ineficacia de lacto procesal es la falta de producción de sus efectos jurídicos normales o la posibilidad de privarle de estos efectos, todo ele por no cumplirse los requisitos propios del acto.” (MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMÉZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional: parte general*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1993. v. 1, p. 573).

No campo do direito privado, a teoria do ato inexistente é tida como inútil, uma vez que, havendo o fato, ainda que defeituoso, será difícil distinguir se será juridicamente inexistente ou juridicamente inválido.

Já no processo, o ato inexistente adquire relevância pelas consequências jurídicas que podem advir de sua ocorrência na cadeia do procedimento, havendo efeitos processuais diversos para o ato inexistente e para o ato inválido. O ato inexistente prescinde da decretação judicial quanto à sua ineficácia, já que, desde a sua origem, é impotente para a produção de efeitos, impedindo, inclusive, a formação da coisa julgada, sendo ainda impugnável a qualquer tempo e em qualquer processo. Já o ato defeituoso necessita de pronunciamento judicial quanto à sua invalidade, a fim de retirar-lhe a eficácia, o que só pode ocorrer dentro do próprio processo, sob pena de os efeitos produzidos ficarem cobertos pela coisa julgada.<sup>608</sup>

De fato, a doutrina, além de criar o ato inexistente, estipulou diferentes e expressivas consequências para o seu reconhecimento. Contudo, mais importante do que o plano da teoria, ou seja, de se criar um instituto jurídico, é verificar o funcionamento do fenômeno na prática, para só então estabelecer definições mais realistas.<sup>609</sup>

O ponto de partida na questão é considerar o conteúdo do ato, ou seja, a intenção do agente. Não há ato sem vontade. Um ato inexistente é aquele que o ordenamento jurídico ignora como ato processual por não conseguir identificar, *prima facie*, se efetivamente houve a intenção do sujeito que o praticou.

Porém, isso não torna o ato inexistente ou inválido, mas somente ineficaz. Isso porque qualquer ato que seja capaz de produzir efeitos dentro do processo deve ser considerado *existente*. Se ele aparentemente está perfeito, portanto é válido e apto a alcançar o fim processualmente esperado. Entretanto, se é constatada alguma irregularidade capaz de comprometer a própria materialidade do ato, este, apesar de constitutivamente perfeito, deverá ser considerado ineficaz dentro do processo. Nesse caso, necessitará sim de um

---

<sup>608</sup> “Consoante se vê, pressupostos (de existência), supostos (de validade) e condições (de eficácia) não se confundem, assim como não se confundem os regimes jurídicos a que se submetem: a inexistência é o nada jurídico e o deve ser declarada a qualquer tempo, inclusive por ação preponderantemente declaratória, acaso desavisadamente se tenha alcançado o trânsito em julgado; a invalidade deve ser decretada, desconstituída, observadas as normas constitucionais e infraconstitucionais, que serão expostas ao seu tempo (supra n. 3), tocando à eficácia igualmente a declaração condicionada aos requisitos legais, preferindo-se neste caso, de qualquer sorte, o implemento eficaz pela feitura do ato faltante ou pelo simples decurso do tempo. Cumpra estar atento a respeito.” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O problema da invalidade dos atos processuais do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. p. 5. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

<sup>609</sup> “Ao contrário do que tradicionalmente se defende, não existe ‘mundo jurídico’ paralelo ao mundo dos fatos. O mundo jurídico não é senão uma versão jurídica do mundo platônico das idéias.” (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira, *Nulidades no processo civil brasileiro*, cit., p. 8-9).

pronunciamento judicial declaratório de ineficácia, já que poderá surtir efeitos e até alcançar a coisa julgada. Quanto ao momento de sua impugnação, poderá ser a qualquer tempo e em qualquer processo.

O exemplo clássico<sup>610</sup> no estudo da inexistência é a falta de assinatura do juiz no pronunciamento judicial. No entanto, esse fato não deve imprimir a inexistência do ato: a uma porque isso não é conclusivo no sentido que não teria havido o impulso volitivo do juiz ou que se tratou apenas de uma falha material; a duas porque, no Brasil, deve ser considerado que os atos de Estado, até prova em contrário, possuem presunção de veracidade.

Sendo assim, o ato inserido no processo deve produzir os efeitos processuais, até que se analise mais profundamente a sua eventual irregularidade que, se consistir em algum defeito de vontade, será considerado nulo ou anulável, de acordo com os vícios de consentimento previstos na lei material e, se for observada a inexistência efetiva de vontade, deverá ser declarada a ineficácia do ato para os fins processualmente pretendidos.

Portanto, não há que se falar na categoria de inexistência<sup>611</sup>, seja em razão de sua ocorrência ser uma impossibilidade jurídica<sup>612</sup>, seja porque os institutos processuais devem ser constituídos pelos seus próprios elementos, e não somente pelas suas consequências jurídicas, sob pena de distorções indesejáveis.<sup>613</sup>

<sup>610</sup> “A decisão proferida por quem não é juiz, ainda que dela conste o nome do juiz, a sentença sem dispositivo, a petição inicial sem pedido, seriam atos inexistentes. Já a sentença não assinada, mas elaborada por um juiz, estaria eivada de um defeito formal grave, que impede a produção de seus efeitos enquanto não for corrigido, pela incerteza decorrente da falta de autenticidade, mas é ato existente e como tal deve ser tratado pelo Direito.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 273-274).

<sup>611</sup> Leonardo Greco, apesar de entender que a inexistência é uma espécie de defeito, reconhece: “Falar de ato processual inexistente é um paradoxo, porque a inexistência é a negação do ato, é o *não ato*, ou, como leciona Carnelutti, é o ato que não pode ser convalidado e não necessita ser invalidado. [...] A diferença entre a nulidade e a inexistência seria apenas de grau do defeito que atinge o elemento essencial. A inexistência seria uma nulidade extremamente grave, que retiraria do ato qualquer possibilidade de reconhecimento como um ato processual, impondo fosse simplesmente ignorado. [...] Nos casos mais graves, chamados de teratológicos, como falta de jurisdição, falta de pedido, falta de dispositivo na sentença, se o ato, após ter sido praticado, determinou a prática de outros atos subseqüentes, ainda que seja para remediar o vício ocorrido, essa atividade se desenvolveu de acordo com os princípios e regras do procedimento legal e, portanto não se pode considerar que o ato e o processo simplesmente inexistiram.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 270, 272-273 e 274).

<sup>612</sup> “E, assim, a inexistência termina por subsistir para solucionar em caráter excepcional situações teratológicas, porque somente ela pode sobrepujar a coisa julgada, permitindo causar-lhes efeitos, independentemente da utilização de qualquer via de impugnação. [...] Então, em resumo, pode-se dizer que inexistentes são os atos que não existem faticamente, os que não derivaram de qualquer impulso volitivo do sujeito legitimado, ou aqueles que não chegaram ao seu destinatário. Uma vez reputados inexistentes, tais atos podem e devem ser simplesmente ignorados, pois não admitem convalidação, não dependendo a sua invalidação de um pronunciamento formal do juiz. São atos que não estão aptos, de maneira alguma, a produzir efeitos válidos.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 391 e 395).

<sup>613</sup> “[...] ao resolver questões de nulidade, não se deve subsumir a hipótese nos conceitos doutrinários de existência jurídica, validade e eficácia. O que se deve perguntar é se, em face da situação de fato que nos é apresentada, devemos negar efeitos ao ato, e em que medida.” (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira, *Nulidades no processo civil brasileiro*, cit., p. 35).

### 5.3 Os defeitos dos atos processuais e seus reflexos processuais

A teoria dos atos processuais inclui a análise de seus defeitos, bem como das repercussões processuais geradas pelo reconhecimento de vícios.

Além disso, saliente-se que os defeitos dos atos são comumente relacionados com as consequências processuais (invalidade ou nulidade) ou com seus efeitos (ratificação, repetição ou convalidação), o que torna o tema das nulidades processuais ainda mais denso.<sup>614</sup>

Outro fator responsável pela complexidade do assunto é a quantidade de termos utilizados pela doutrina para a mesma finalidade, tornando árdua a investigação e o entendimento dos processualistas.

Registre-se, outrossim, que o fato de o ato processual ser interdependente de outros na cadeia procedimental também complica a sua análise, pois ela não pode ser feita isoladamente e deve ser vista dentro de um contexto processual.

Nesse passo, para fins de se evitar equívocos, o estudo dos atos processuais deve passar por cinco etapas distintas, sem as quais será difícil a sua sistematização. Sendo assim, necessário perquirirem-se as seguintes reflexões: a) a existência do ato processual; b) a presença do defeito no ato; c) o reconhecimento da invalidade pelo juiz; d) a aplicação da nulidade (sanção); e) os efeitos processuais decorrentes do reconhecimento da invalidade ou não do ato.

Cada uma dessas fases deve ser fielmente seguida, tanto na formação de uma teoria, quanto no momento da avaliação da regularidade do ato, sob pena do intérprete se perder na aplicação dos conceitos de cada um desses passos. Não é por outro motivo que os trabalhos acerca das nulidades processuais inevitavelmente caem em contradição com seus próprios preceitos, e deixam o leitor com dificuldades de assimilação.

Portanto, resta analisar criteriosamente cada uma das etapas mencionadas.

#### 5.3.1 Defeitos processuais

---

<sup>614</sup> “Os atos processuais individualmente e o processo como um todo podem ser atingidos por seis espécies de defeitos: inexistência, nulidade absoluta, nulidade relativa, anulabilidade, mera irregularidade, e erro material. Poder-se-ia quiçá mencionar uma sétima categoria, a dos atos ineficazes, mas me parece que a ineficácia, isoladamente, isto é, quando não resulta de inexistência ou nulidade, não chega a ser um vício do ato, mas a sua falta de aptidão para produzir efeitos. Assim, o ato sujeito a condição ou a encargo é ineficaz enquanto não se realizar a condição ou o encargo. Mas não se trata, nesse caso, de um ato defeituoso.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 259-260).

Os atos processuais podem ser perfeitos ou conterem algum defeito que os maculem. E os vícios podem estar contidos em algum ou alguns dos elementos dos atos processuais, ou seja, na forma, no conteúdo ou nos sujeitos.

Seja qual for o defeito do ato processual, sua análise e consequência serão sempre determinadas pelas regras do direito processual, cujos princípios, em regra, não coincidem com os do direito material, e deles devem ser dissociados. Registre-se, ainda, que os defeitos do ato processual não podem ser confundidos com os defeitos do procedimento<sup>615</sup>, cuja análise tem outra perspectiva.

Importante salientar, inicialmente, que o que determina o nível de gravidade do defeito<sup>616</sup> do ato é o interesse envolvido na sua prática. Significa dizer que se o vício atingir um interesse público, deverá ser considerado nocivo ao processo e, portanto, deverá ser extirpado da cadeia procedimental. Por outro lado, se o defeito afetar um interesse privado, pode ser relevado, desde que o ato atinja sua finalidade e não cause prejuízo à parte.

Assim, é o tipo de interesse em jogo que determina o grau de importância do defeito do ato processual. Resta, então, verificar a aplicação desse critério aos elementos do ato processual.

No que tange à exigência da forma, o Código de 1973 contemplou três espécies de atos processuais: a) os que não dependem de forma determinada; logicamente os atos que não são submetidos à forma predeterminada não podem ser considerados defeituosos e, conseqüentemente, não podem se sujeitar à declaração de invalidade; b) os que devem se submeter à forma determinada, a qual, não obstante, pode ser inobservada sem qualquer consequência, desde que o ato realizado cumpra sua finalidade e não cause prejuízo à parte<sup>617</sup>; e, c) os que devem se submeter à forma prescrita, sob pena de nulidade prevista em lei.<sup>618</sup>

---

<sup>615</sup> Sobre essa recorrente associação: “Quando enfrenta a necessidade de sistematização do tema, a eminente jurista parte da divisão das nulidades em dois grupos: o das nulidades de forma e o das nulidades de fundo. [...] As nulidades de fundo decorrem dos vícios ligados às condições da ação, aos pressupostos processuais positivos de existência de validade, e aos pressupostos processuais negativos. Trata-se, pois, de nulidades absolutas.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. p. 12. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>616</sup> “Assim, entende-se que, se os vícios possuem diferente intensidade, também deveria haver uma graduação das conseqüências: a gravidade das sanções corresponderia à gravidade dos defeitos dos atos processuais.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais, cit., p. 22).

<sup>617</sup> “Enquanto as invalidades derivam do desrespeito a requisitos necessários, as irregularidades decorreriam de vícios que ofendem requisitos úteis, não essenciais aos atos processuais, meramente acessórios e de mínima importância, correspondentes a exigências insignificantes e que, por isso, não comprometem o ordenamento (a estrutura do ato), nem o interesse da parte.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais, cit., p. 36-37).

<sup>618</sup> “Entretanto, há diversas outras nulidades gravíssimas que não estão cominadas expressamente na lei. Nesse sentido, por exemplo, as que incidam sobre os requisitos da sentença, previstos no artigo 458 do Código de

Entretanto, além da redação ruim do CPC quando trata do tema das nulidades, que acarreta diferentes interpretações na prática forense, nota-se que a doutrina e a jurisprudência vêm dando contornos mais flexíveis aos vícios dos atos processuais, a fim de que atendam à atual concepção processual, em que o formalismo deve servir apenas para conferir segurança jurídica<sup>619</sup>, e não para trazer complicações vazias ao processo.<sup>620</sup>

Com efeito, quanto à forma, o ato estará viciado se a lei estabelecer uma tipicidade para proteção de um interesse público que não for respeitada, ou quando o ato envolva interesse privado e não atingir sua finalidade, ou então causar prejuízo à parte. Ressalte-se que o fato de a norma ser cogente e de o juiz poder reconhecer do defeito de ofício não exclui a presença do interesse privado da própria parte em jogo.

Registre-se, aqui, a questão do erro material. O erro material<sup>621</sup>, previsto no artigo 463, I, do CPC, ocorre quando o ato processual possui algum defeito na forma como é praticado, mas não compromete o seu conteúdo. São casos de inexatidões materiais ou erros de cálculo oriundos de equívoco de confecção, cuja retificação não representa alteração substancial do ato.

Trata-se, pois, de defeito extrínseco do ato, que não afeta a exteriorização da vontade de quem o praticou, podendo ser corrigido a qualquer tempo, a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz.

Ressalte-se que as hipóteses e a extensão do erro material devem ser controladas pelos sujeitos processuais, para que eventual distorção ou abuso na indicação do instituto impeça a pretendida retificação com o intuito de burlar a ocorrência de preclusão.

---

Processo Civil, quais sejam, o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A sentença defeituosa em qualquer um desses requisitos é absolutamente nula, embora o legislador assim não o tenha declarado expressamente. Logo, o critério da expressa cominação legal não é satisfatório para distinguir as nulidades absolutas das relativas.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 399).

<sup>619</sup> “A consciência de que as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes (*due process of law*), manda que elas não sejam tratadas como fins em si mesmas, senão como instrumentos a serviço de um fim [...]” (JARDIM, Augusto Tanager. *Das nulidades processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20formatado.pdf>>. p. 10. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>620</sup> “Assim, o regime moderno dos defeitos dos atos processuais deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a preservação das formas, como garantia do devido processo legal, e a liberdade das formas como pressuposto da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional dos direitos.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 387).

<sup>621</sup> “Diferentes, portanto, o erro material e o erro de fato. O erro material não está inserido no conteúdo da decisão, enquanto no erro de fato ser torna necessário que a sua correção tenha a força de alterar a decisão judicial. O erro material não preclui e não é atingido pela coisa julgada, ao passo que o erro de fato, que não pode ser corrigido *ex officio*, deverá ser impugnado por meio de recursos ou pela via restrita da ação rescisória.” (VIVEIROS, Estefânia. Os limites do juiz para correção do erro material. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 70).

Em relação à aptidão do sujeito que pratica o ato, o direito processual indica as condições de regularidade. Quando prevalecer o interesse da parte, será admitida a regularização desse elemento do ato. Entretanto, quando envolver interesse público, o direito processual considerará grave o defeito, como é a hipótese de circunstância que atinja a parcialidade do juiz.

Já quanto ao conteúdo<sup>622</sup>, tem-se que a vontade do agente – especialmente no resultado – pode estar maculada por vícios de consentimento e o objeto pode estar eivado de ilicitude material ou processual. Aqui também cabe a análise do tipo de interesse envolvido.

Como já dito, os vícios de consentimento são aqueles previsto no CC e devem estar vinculados à gravidade estabelecida nesse estatuto. Assim, se o vício de consentimento recair sobre situação que o CC considera nulo, não será possível o juiz supri-lo, não será suscetível de confirmação pela parte e nem poderá convaler pelo decurso do tempo.

Isso porque é a própria lei que presume a importância do defeito para o ordenamento jurídico, de modo que se tem caracterizado o interesse público. Por outro lado, quando o vício de consentimento for considerado anulável pela lei material, significa que o interesse que lastreou a norma pode ser visto sob o enfoque das partes, de modo a permitir eventual superação.

Em relação à licitude do objeto, em razão do seu evidente interesse público, seja de direito material ou de direito processual, deverá sempre estar presente no ato processual e não poderá ser ultrapassada (v.g. direito indisponível, dívida de jogo, pena de morte).

No que tange aos demais elementos do conteúdo do direito material, em razão de sua natureza privada e, portanto, disponível, podem ser sublimados, alterados ou dispensados pelas normas de direito processual (v.g. concessões mútuas da transação que podem não ocorrer no processo, cujo efeito será a convalidação processual).

Em resumo, será sanável o vício se o ato for destinado à proteção do interesse das partes, ao passo que será insanável o defeito quando comprometer primordialmente a proteção do interesse público.<sup>623</sup>

---

<sup>622</sup> “Como ponto de partida, reitero ser importante dissociar a idéia de defeito da idéia de forma, já que o vício pode ser formal ou substancial.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 388).

<sup>623</sup> “A técnica de enumerar as causas de nulidade ou elencar os vícios dos atos jurídicos é falha e peca por pensar o legislador poder esgotar o rol de tipos defesos. Com isso, além de não exaurir o tema, o legislador causa variados inconvenientes: primeiramente, petrifica o sistema, dando por nulos muitos atos processuais, ainda que atinjam suas finalidades; de outro lado, peca por omissão, ao permitir que atos inidôneos tenham eficácia quando não cominada nulidade. Além disso, reduz-se enormemente a participação do juiz, limitado a proceder, ‘em voz alta’, à leitura da lei.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 75).



Por fim, os defeitos dos atos processuais não se confundem com a inexistência, eis que, conforme já esclarecido, essa última categoria não deve ser aceita para definir falhas de elementos constitutivos no ato processual, tendo em vista que sempre dependerá de uma manifestação declaratória do juiz, implicando na sua ineficácia, e não na sua invalidade.

Contudo, mesmo para quem defende a categoria da inexistência, ter-se-ia um não ato, que não surtiria efeitos e nem precisaria ser declarado pelo juiz. Para essa corrente, quando o ato eventualmente surte efeitos no processo, é pela necessidade de se concluir a prestação jurisdicional, e não em razão dos efeitos emanados do ato em si (que não existiu).

### 5.3.2 Reconhecimento da invalidade pelo juiz

O defeito do ato processual pode ser apontado pelas partes ou pelo juiz. Se o vício do ato ferir interesse público, deve ser reconhecido pelo juiz e também pode ser indicado pelas partes.

Contudo, se o defeito violar somente interesse privado, deve ser alegado na primeira oportunidade pela parte que demonstrar o prejuízo (art. 249, § 1º, do CPC), sob pena de preclusão (art. 250 do CPC), e não poderá ser requerido em favor da parte que lhe deu causa (art. 243 do CPC). Ademais, o vício não será reconhecido pelo juiz quando ele puder decidir do mérito em favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade (art. 249, § 2º, do CPC).

Esses são, portanto, as formas e os limites da provocação e do pronunciamento judicial sobre um defeito do ato processual.

Com efeito, uma vez identificado o defeito do ato processual dentro dos parâmetros supracitados, o juiz verificará se o ato é válido, seja por ser perfeito, seja pela irregularidade não comprometer a estrutura e os seus elementos, ou se é inválido, ou seja, se o valor do ato está comprometido total ou em parte, em razão do defeito constatado.

Feita essa análise, o juiz segue um dos seguintes caminhos: a) declara a validade do ato; ou b) declara a invalidade total ou parcial do ato. No primeiro caso, o ato não precisará sofrer qualquer tipo de ratificação. Já na segunda hipótese, o ato poderá ser retificado, ratificado ou convalidado.

### 5.3.3 Decretação de nulidade

Verificado o defeito do ato processual e declarada a sua invalidade total ou parcial, segue-se na análise dos efeitos da decretação de nulidade<sup>624-625</sup>. Na doutrina, a nulidade é considerada uma consequência da inobservância da forma essencial à validade dos atos processuais ou então representa uma sanção<sup>626</sup> processual pelo reconhecimento da invalidade do ato.

### 5.3.3.1 Conceituação, terminologia e natureza jurídica

A conceituação de nulidade encontra dificuldades, em razão dos múltiplos sentidos que se emprestam à palavra, provocando confusões no campo doutrinário e jurisprudencial.

O termo nulidade tem sido empregado indiferentemente, tanto para designar uma categoria jurídica, que se faz objeto de uma teoria, como para significar uma consequência jurídica – a sanção que torna ineficaz o ato processual –, como para representar uma qualidade negativa que adere a um ato processual, sendo equiparada ao próprio vício que o atinge.

De qualquer modo, a nulidade é uma consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir, não se confundindo com o vício do ato em si<sup>627-628</sup>. Este será sanável ou insanável, enquanto que a nulidade será pronunciada por meio da declaração (reconhecimento de ato inválido) ou pela decretação (declaração constitutiva negativa do ato nulo).

<sup>624</sup> “Não há invalidade processual de *pleno direito*. Toda invalidade processual precisa ser decretada.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 233).

<sup>625</sup> “Não se declaram nulidades, *decretam-se* nulidades.” (DIDIER JR., Fredie, op. cit., v. 1, p. 231).

<sup>626</sup> “No tocante às nulidades, Lutzesco escreve que é durante a atuação do pretor que verdadeiramente surge o conceito de nulidade dos atos jurídicos como sanção; e inclusive é nesse momento que começa a formar-se a semente para a classificação das nulidades. E recorda ele que o Direito romano clássico distinguiu, desde o ponto de vista da sanção, se se atende à opinião de Ulpiano, três classes de leis: as leis perfeitas, com sanção de nulidade; as leis menos que perfeitas, com uma pena pecuniária; e as leis imperfeitas, em relação às quais não havia previsão de sanção, tendo-se em vista considerações provavelmente políticas.” (KOMATSU, Roque, *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 45).

<sup>627</sup> Nesse sentido: TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira, *Nulidades no processo civil brasileiro*, cit., p. 51.

<sup>628</sup> “Talvez devamos falar apenas em invalidade ou nulidade, sem adjetivá-la de qualquer outra forma, superando as inconsistências que as classificações usuais têm trazido. Ou talvez devamos falar apenas em vícios/nulidades sanáveis ou insanáveis, já que o que realmente importa é qualquer que seja o defeito ou sua gravidade, verificar-se se pode ser aproveitado o ato ou deve ser pronunciada a invalidade.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais*, cit., p. 92-93).

Quanto à sua natureza jurídica<sup>629</sup>, se sanção ou simples consequência lógica da não observância das formas, trata-se de uma sanção<sup>630</sup> que retira do ato a capacidade de produzir efeitos no processo. É pela nulidade que se repara a irregularidade identificada em algum dos elementos do ato processual.<sup>631</sup>

As sanções atuam como reprimenda aos vícios praticados e como garantia à regularidade dos atos processuais e à segurança jurídica. Destinam-se a provocar o cumprimento da norma, com uma penalidade ao autor da violação, ou tendem a reparar ou neutralizar os efeitos de uma conduta ou de um ato contrário ao direito ou irregular perante ele. Assim, a sanção visa a restabelecer a situação anterior à violação, bem como desvincular os atos que não sejam contaminados em razão da interdependência, dando regular desenvolvimento à cadeia procedimental.

Não obstante, a aplicação das sanções no direito processual, pelas suas peculiaridades, fica sujeita aos princípios que regem a disciplina, os quais serão decisivos para identificar a exata consequência que o ato defeituoso irá sofrer, bem como os reflexos delas no desenvolvimento do processo.

### 5.3.3.2 Princípios que condicionam a aplicação da nulidade

Os princípios<sup>632</sup> que regem as nulidades não se confundem com os princípios que regem a teoria do ato processual e nem com os que dizem respeito à repercussão do pronunciamento da nulidade no processo.

<sup>629</sup> “Em síntese, nulidade não é sanção, porque esta supõe ilicitude. As normas potestativas são regras técnicas: estabelecem os requisitos necessários para a obtenção de um resultado. Sua inobservância não implica ilicitude; apenas não alcança a finalidade desejada. A nulidade expressa a inidoneidade de um ato para alcançar as consequências jurídicas pretendidas pelo agente.” (TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira, *Nulidades no processo civil brasileiro*, cit., p. 53).

<sup>630</sup> “Pensamos, com a maioria da doutrina, que não há nenhum problema em caracterizar a nulidade como uma sanção, mas com os cuidados de não equipará-la a uma pena. Isso porque as sanções jurídicas a comportamentos humanos que se desejam reprimir ou desestimular podem também ser operadas pela negativa de efeitos jurídicos à conduta contrária à lei, não havendo necessidade de previsão expressa da sanção, o que é característico apenas de algumas espécies de sanção, como as penas criminais. O ato em desrespeito à forma é um ato ilícito, cuja nulificação é sim uma sanção para a inobservância da formalidade legal.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 31-32).

<sup>631</sup> “Segundo esta concepção, a nulidade deixa de ser uma ‘qualidade’ ou carência de um ato jurídico, para ser uma sanção contra a violação de uma determinada norma legal, cuja consequência seria a faculdade que a própria lei outorga a alguém de impugnar o ato praticado em contravenção.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. p. 6-7. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>632</sup> “Reconhece que o sistema das nulidades processuais é regido pelo direito positivo e por uma série de princípios que nele se manifestam. A partir daí, estabelece os seguintes enunciados principiológicos: (1) o

Dessa forma, por exemplo, o reconhecido princípio da liberdade das formas (lembrando que, na realidade, o nosso direito processual é rígido) está relacionado aos atos processuais. Já o princípio da causalidade refere-se, na verdade, aos reflexos processuais oriundos do pronunciamento da nulidade e não é fator de apreciação quando da sua análise.

Nesse passo, são três os princípios aplicáveis exclusivamente ao momento de verificação e aplicação das nulidades dos atos processuais: a) do interesse jurídico; b) da finalidade; c) do prejuízo.

O princípio do interesse<sup>633</sup> jurídico distingue se o defeito do ato atinge primordialmente o interesse público ou o interesse privado. Esse critério é o que efetivamente irá determinar se é o caso de aplicação de sanção e, em caso positivo, o tipo de sanção adequada à hipótese.

Galeno Lacerda<sup>634</sup> também utiliza esse critério do tipo de interesse envolvido no estudo das nulidades. Entretanto, o mestre ainda associa à espécie de sanção aplicável a natureza da norma violada.<sup>635</sup>

processo é forma; (2) as formas têm caráter instrumental; (3) não há nulidade sem prejuízo; (4) nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis; (5) nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis; (6) economia processual; (7) nulidades relativas só podem ser argüidas pelo interessado; (8) princípio da independência; (9) princípio do contraditório; (10) princípio da proteção; (11) princípio da conservação e aproveitamento; (12) princípio da celeridade; (13) princípio da comunicação; (14) princípio da especificidade; e (15) princípio da eficácia do ato viciado.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. p. 12. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>633</sup> “Há uma esfera do jurídico em que as imputações autorizadas pelo direito objetivo atendem ao que poderemos chamar, para dar-lhes uma denominação, de interesse social, interesse público, interesse geral, interesse indisponível etc. Nessa situação, o indivíduo é colocado numa posição de subordinação no que diz respeito a sua vontade e seus interesses. *Nesse campo, o resultado previsto pelo direito objetivo é que deve predominar e ser relevante*. Por isso mesmo, o resultado logrado com a atividade do agente prevalece sobre a adequação ou inadequação do comportamento concreto com determinado comportamento prescrito, e ainda se prescinde da correspondência entre o objetivo por ele conscientemente perseguido e o que resultou de sua atividade [...]” (PASSOS, J. J. Calmon de, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, cit., p. 31).

<sup>634</sup> “Em nosso entender, o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico. Se nela prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação provoca a nulidade absoluta, insanável, do ato. Vício dessa ordem deve ser declarado de ofício, e qualquer das partes o pode invocar. Quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade. O critério que as distinguirá repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. [...] A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação da norma dispositiva.” (LACERDA, Galeno, *Despacho saneador*, cit., p. 72-73).

<sup>635</sup> “O terceiro critério adotado pela doutrina para diferenciar a nulidade absoluta da nulidade relativa é baseado no *interesse público* ou na *ordem pública*. Por esse critério, é absoluta a nulidade nos casos em que o vício contido no ato viola norma imperativa, norma de ordem pública, aquela inderrogável pela vontade das partes, ou atinge um direito fundamental indisponível pelas partes. A *ordem pública* ou o *interesse público* são idéias de significado impreciso, indeterminado, que facilmente se tornam motivadoras de decisões arbitrárias ou subjetivas. Além disso, a legislação e a jurisprudência têm a tendência de considerar de ordem pública todas as regras processuais. Sirva de exemplo dessa concepção autoritária o enunciado no § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil, que determina que o juiz examine de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição,

Como se observa, é a qualidade do interesse envolvido – público ou privado – que determina a relevância da norma – cogente ou dispositiva – e a espécie de nulidade aplicável – superável ou insuperável, porque saber se uma norma é cogente ou dispositiva muitas vezes depende de interpretação e, diante da relatividade do conceito de ordem pública, pode gerar algumas inseguranças indesejáveis.

Assim, considerando ainda que os dispositivos processuais são quase todos cogentes e devem ser respeitados por todos os sujeitos processuais, é de fato o interesse primário envolvido que determinará a importância da norma e as consequências de sua violação.<sup>636</sup>

Registre-se, também, que o CPC de 1973 não é parâmetro seguro de aplicação da nulidade de acordo com a existência ou não de cominação de nulidade, uma vez que existem normas cominadas que podem ser flexibilizadas<sup>637</sup> e normas não cominadas que não podem ser superadas.

Por sua vez, quanto ao princípio da adaptação, poder-se-ia indicar na lei processual em vigor a conjugação do artigo 154, *caput*, com os artigos 243 e seguintes, que tratam das nulidades processuais<sup>638</sup>. Essas normas dispõem que, a princípio, os atos e termos processuais

a falta de quaisquer pressupostos processuais, em flagrante contradição com o artigo 154, que prevê a liberdade das formas.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 400). Em outros termos: “A diferença entre a nulidade absoluta e a relativa, portanto, reside na imperatividade da norma ou preceito que foi inobservado, daí decorrendo várias consequências próprias, de acordo com cada espécie de nulidade. Essa distinção, entretanto, é difícil de ser percebida na realidade do processo, porque nem sempre é possível aferir se, na prática do ato, houve o descumprimento de um requisito imperativo.” (Ibidem, p. 404).

<sup>636</sup> “Postas as coisas desta maneira, parece-nos que outra construção sistemática deve ser empreendida. Superados os conceitos de ‘nulidades cominadas’ – ‘nulidades não cominadas’, ‘nulidades absolutas’ – ‘nulidades relativas’ – ‘anulabilidades’, estamos em cogitar a respeito do assunto tão somente em invalidez processual (ou nulidade processual, como mais correntemente se alude) como uma consequência do que se segue à decretação judicial de uma relevante infração da forma.” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O problema da invalidade dos atos processuais do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. p. 13. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

<sup>637</sup> “Também já enfatizei a necessidade de o juiz aplicar a técnica processual de modo a atender aos objetivos do processo, competindo-lhe até mesmo flexibilizá-la, desconsiderando formas inúteis e incompatíveis com a natureza instrumental desse método de trabalho. Destaquei a importância da desconsideração, pelo julgador, dos vícios processuais irrelevantes, porque sem consequência para a segurança do instrumento.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 61). E prossegue: “Nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem produzidos de maneira eficaz e efetiva no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.” (Ibidem, p. 68-69).

<sup>638</sup> “Salienta que a instrumentalidade das formas, ao contrário do que pode fazer crer o artigo 244 do CPC, estende-se a todas as modalidades de nulidades. Embasa sua tese no fato de que a própria lei prevê, em determinados casos, a possibilidade de uma nulidade cominada ser sanada em face do alcance do objeto da norma, na dicção do art. 249, § 1º do CPC, que consagra a máxima *pas de nullité sans grief*, bem como na

só ensejarão vício se a forma, prevista em lei e com cominação de nulidade, não for atendida no processo.

Por outro lado, inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se por outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte. Em outras palavras, se os atos ou termos do processo previstos na lei sem cominação de nulidade atingirem sua finalidade, ou não causarem prejuízo à parte, serão considerados válidos.<sup>639</sup>

Tem-se, ainda, o princípio da finalidade ou instrumentalidade das formas<sup>640</sup>, consagrado em nosso CPC no artigo 244, no sentido de que quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar a finalidade. Esse princípio é, de fato, orientador da aplicação da nulidade aos atos processuais<sup>641</sup>. Assim, se apesar do vício o ato alcançar o resultado esperado, a nulidade será superável. Registre-se, apenas, que o princípio da finalidade só se aplica às hipóteses de violação de norma de interesse privado, já que as relacionadas a interesse público não são passíveis de superação.

Por fim, o princípio do prejuízo<sup>642</sup>, regulado no parágrafo 1º do artigo 249 do CPC, estabelece que o ato defeituoso não será declarado inválido se não tiver prejudicado a parte. Esse princípio é fundamental para o sistema das nulidades. Aliás, ele é mais relevante do que

analogia, ao art. 249, § 2º do mesmo diploma.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. p. 11. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>639</sup> “O que me parece importante salientar da leitura é feita destas regras – especialmente no tocante ao procedimento – é que o nosso próprio sistema parece ter dado à ordenação dos atos processuais bem menos valor do que na prática se tem emprestado a ela. E sendo assim, ainda que haja no sistema uma forma predisposta à tutela do direito, possível se verificar se para o conjunto não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo, já que o importante ao final é que a forma se modele à tutela, e não o contrário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 104).

<sup>640</sup> “Verifica-se que as nulidades no processo civil são informadas pelos princípios da finalidade e instrumentalidade das formas, tendo em vista que, os atos realizados com algum defeito de forma que não comprometam a obtenção do fim a que se destinava não são atingidos pela nulidade.” (JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. p. 6. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014).

<sup>641</sup> “A função do sistema de invalidades de harmonizar as garantias democráticas do devido processo legal com a instrumentalidade e a efetividade do processo conduz a algumas regras que procuram articular as suas diversas espécies em um conjunto coerente, os impropriamente chamados princípios do sistema de nulidades ou invalidades processuais: *legalidade, instrumentalidade das formas, economia processual, do interesse, da lealdade e da causalidade*.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 277).

<sup>642</sup> “Cabe salientar que, para haver a decretação da nulidade, o prejuízo não deve ser apenas alegado, mas efetivamente provado. Impõe-se a sua demonstração no caso concreto pela parte a quem interesse a invalidação.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 58).

o princípio da finalidade, já que, ainda que o ato viciado tenha alcançado o resultado esperado, será considerado nulo se prejudicar a parte.<sup>643</sup>

O prejuízo pode estar relacionado a uma questão formal do ato que enseje a falta de segurança jurídica ou que macule os sujeitos processuais.

Registre-se que, apesar de se vislumbrar uma correlação entre os princípios do prejuízo, da finalidade e do aproveitamento, o primeiro tem como alvo principal a proteção dos interesses da parte, enquanto que os dois últimos se destinam a proteger prioritariamente o interesse público inerente ao próprio direito processual.

#### 5.3.4 Princípios dos atos processuais (próprios) e do procedimento (reflexos)

Os princípios supracitados podem sofrer classificação mais específica, de acordo com a extensão de seus efeitos processuais. Assim é que os princípios do interesse jurídico, da finalidade e do prejuízo acima mencionados são relacionados com o ato processual em si, sem levar em consideração, *a priori*, o restante da cadeia procedimental.

Porém, no momento do juiz analisar a aplicação da sanção da nulidade de um ato, deverá levar em conta também a relevância do ato viciado para os demais atos do processo, ponderando a necessidade ou não de efetivamente penalizar o ato defeituoso. Nessa oportunidade, o magistrado deve se valer de outros três princípios: a) do aproveitamento; b) da convalidação; e, c) da causalidade.<sup>644</sup>

<sup>643</sup> “Primeiramente, entendemos que o princípio de prejuízo, vinculado aos interesses dos litigantes, distorce os valores subjacentes à teoria das nulidades processuais, posicionando o juízo de invalidação num quadro predominantemente privatista. Neste sentido privatista, grande parte da doutrina restringe o princípio do prejuízo às nulidades relativas. Trata-se de recorrente relação do prejuízo às espécies de nulidade, graduadas pela gravidade dos defeitos ou pela disponibilidade das partes em relação à forma dos atos, num modelo totalmente voltado ao direito privado. Note-se, porém, que o próprio direito francês, que iluminou o desenvolvimento do princípio do prejuízo, não admite sua aplicação no que tange à nulidade dos atos judiciais (julgamentos), em virtude da existência de deveres legais mais sensíveis ao magistrado, oriundos do direito público. Alguns autores, tentando aproximar-se de valores publicistas, chegavam a dizer que nas ‘nulidades absolutas’ ou nas ‘nulidades cominadas’ havia uma ‘presunção de prejuízo’, ou uma presunção de que o ato não poderá alcançar sua finalidade se realizado de outro modo. Ora, esta perspectiva pretende a análise da invalidade a partir da qualidade estática dos defeitos, ao contrário do que aqui pretendemos, que é focar nas consequências dos vícios na cadeia, e identificar a relevância das atipicidades justamente na sua interferência comunicativa na série.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, cit., p. 287-288).

<sup>644</sup> “Em verdade, a relação entre os atos processuais não é causal, mas normativa, e as consequências do chamado princípio da causalidade deveriam ser tratadas em outra sede. É que a contaminação de atos processuais na sequência da cadeia, derivada da imperfeição do ato pretérito, não é decorrente do vício formal que este ato anterior continha; representa, sim, um *defeito próprio*, que atinge os atos posteriores em suas condições de regularidade. O vício do ato contaminado, portanto, não é o mesmo vício nem está diretamente ligado por uma relação causal com o defeito encontrado num ponto anterior da cadeia. Trata-se, ao contrário, de uma *relação normativa* que se constitui e se desenvolve no *medium* comunicativo, da qual fazem parte o próprio ato viciado, outros tantos atos processuais intermédios, o ato contaminado, princípios e valores

O princípio do aproveitamento consagra algumas hipóteses em que, apesar da identificação do defeito do ato e da declaração da invalidade, a nulidade ou não é decretada, ou o é apenas parcialmente, com a aplicação de uma sanção mais branda, porque, como consequência do princípio da finalidade, da economia processual e do prejuízo, pode-se aproveitar o ato defeituoso ou parte dele, evitando o retroceder processual.

Assim, o juiz deve identificar o vício, reconhecer a invalidade e, quando da decretação da nulidade para fins de aplicação da sanção, sopesar a real utilidade de retirar os efeitos daquele ato e, por conseguinte, sancioná-lo, de acordo com os demais interesses processuais em jogo<sup>645</sup>. Como exemplo, se o juiz puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveite a decretação de nulidade, não será razoável agir de forma diferente, apenas por uma questão de formalismo, desconsiderando todos os demais fatores e valores envolvidos.<sup>646</sup>

---

processuais em jogo, as expectativas e alternativas criadas pelos sujeitos e pelas opções do procedimento, a estabilidade da relação processual e o momento da análise da potencial invalidação.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 282-283).

<sup>645</sup> “Há, portanto, uma ‘meta legislativa’ no sentido do máximo aproveitamento dos atos processuais. O magistrado deve evitar ao máximo a pronúncia de nulidade, procurando sempre aproveitar o ato praticado, seja preventivamente, pela inadmissibilidade e correção de atos que se verifiquem viciados, seja corretivamente, buscando salvá-los a despeito do vício (o que pode ser feito com várias técnicas: aplicação da fungibilidade ou conversão, repetição-renovação do ato, etc.). Nesse cenário, a invalidação se nos afigura como *ultima ratio*, até porque é uma solução custosa ao processo. As invalidades processuais devem ser em princípio concebidas como sanáveis, e a nulificação deve ter caráter eminentemente excepcional, aplicável apenas se não houver outra solução menos onerosa para o trâmite processual. Essa também é a tendência no processo penal e administrativo. Tudo isso se faz concluir que existe uma *preferência normativa pela validade dos atos processuais*; uma diretiva alertando que, em caso de dúvida, se deve manter o ato e sua validade. Os atos processuais são válidos *prima facie*. E isso tem sido defendido, pela doutrina moderna, mesmo para aquelas nulidades classicamente definidas como ‘absolutas’. Vê-se, claramente, que a tendência de relevar os vícios, evitar as nulidades e aproveitar atos processuais independe de qualquer gradação dos seus defeitos. Todos os vícios são convalidáveis. Aliás, se mesmo os direitos fundamentais compreendem maneiras de relativização, por quê haveríamos de defender vícios processuais insanáveis? Assim, pensamos que a única classificação das invalidades racionalmente identificável e praticamente útil ao processo é aquela que pretende dividi-las em nulidades sanáveis e insanáveis. Em verdade, a classificação seria melhor adequada se dissesse a respeito aos defeitos, e não às invalidades. Como toda nulidade depende de decretação (o nulo processual só o é depois de assim proclamado pelo juiz), o que é sanável ou insanável é o defeito, o vício, e não a nulidade. Esta é sempre apenas possível. De qualquer forma, a sanabilidade é o único dado útil que autoriza uma classificação, não a espécie de norma, o interesse protegido, a cognoscibilidade de ofício etc.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 193-195). Ainda segundo o autor: “Pensar em um ‘princípio de validade dos atos processuais’ como uma prioridade normativa apriorística (que impõe um peso argumentativo para a invalidação), permite um aumento do controle da atividade jurisdicional pela fundamentação das decisões. Ao mesmo tempo em que, inevitavelmente, é concedida ao juiz a prerrogativa de avaliar a existência de nulidades, pesa sobre ele um controle maior, já que, para pronunciar a invalidade, terá que ter razões mais fortes em sua motivação. Reduz-se, portanto, o campo da discricionariedade, e, conseqüentemente, o risco de arbítrio na aplicação dos juízos de conveniência.” (Ibidem, p. 196).

<sup>646</sup> “Nesse ponto, cabe aludido novamente à hipótese prevista no § 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil, a que denomino de convalidação *in extremis*. De acordo com esse dispositivo legal, se o juiz puder julgar o mérito da causa em favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, ele não ordenará a repetição do ato defeituoso, nem pronunciará a nulidade.” (GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 405).



Por outro lado, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes (art. 248, segunda parte, do CPC). Ademais, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados (art. 250 do CPC). São atos complexos, que importam em manifestações independentes e autônomas, umas das outras.

Já o princípio da convalidação<sup>647</sup>, consagrado no artigo 245 do CPC, é relacionado ao interesse de agir e ao princípio da eventualidade, pois direciona as partes à arguição ou não dos defeitos que lhe causarem prejuízo, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão<sup>648</sup> e automática regularização do ato<sup>649</sup>. Tenta-se com isso evitar que a parte, estrategicamente, deixe de alegar oportunamente o defeito visando, futura e convenientemente, a alcançar o retrocesso do processo em seu proveito.

Por fim, o princípio da causalidade não se relaciona com a análise da decretação de nulidade do ato em si, mas somente com os reflexos processuais porventura ocasionados na cadeia processual, em razão da nulidade de um ato. Em outros termos, esse princípio preceitua que a invalidade de um ato não contagia os anteriores e nem os subsequentes que não o tenham por antecedente necessário, contaminando, porém, os atos sucessivos que dele dependam. Melhor seria denominar o fenômeno de princípio da dependência legal, uma vez que um ato não dá causa ao outro de forma automática, mas sim por previsão legal.

Como se observa, o sistema processual brasileiro se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, flexibilizando<sup>650</sup> ou regularizando, sempre que possível, as

---

<sup>647</sup> “A nulidade relativa sujeita o ato a uma condição suspensiva, a ausência de convalidação. A não convalidação obrigará a repetição do ato e de todos os subsequentes dele dependentes, retroagindo *ex tunc*. Já a anulabilidade sujeita o ato a uma condição resolutive, a decretação da anulação, com eficácia *ex nunc*.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 268).

<sup>648</sup> “Nas relativas, a falta de arguição da nulidade acarretará a convalidação do vício, enquanto nas absolutas, o vício perdurará, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, mas a falta de arguição pelo interessado na primeira oportunidade acarretará o dever de reparar os danos causados pela omissão (CPC, arts. 113, §1º, e 267, §3º), não se aplicando a essas nulidades a preclusão mencionada no art. 245.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 279).

<sup>649</sup> “Veja-se que, nesse prisma, o próprio conceito de ‘convalidação’ poderia ser tratado de outra maneira: se o vício não chega a ser relevante, não há que se falar em invalidade e tampouco se cogita de qualquer convalidação.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais, cit., p. 284).

<sup>650</sup> O instituto da flexibilização do ato ou do procedimento não é uma novidade em nosso ambiente jurídico, e costuma se manifestar como fenômenos denominados de conversão, de fungibilidade, ou de adaptação, expressões essas que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. Sobre o assunto, dentre outros, ver: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil).

nulidades processuais, evitando que formalismos<sup>651</sup> superáveis se sobreponham à necessidade de entrega efetiva da prestação jurisdicional.

### 5.3.5 Reflexos da incidência da nulidade do ato no processo

Uma vez identificado o defeito e declarada a nulidade do ato processual, o juiz terá de averiguar a extensão de seu pronunciamento no processo, indicando a existência de atos contaminados e, de acordo com a dependência destes em relação ao ato tido como nulo, aplicar as consequências processuais decorrentes dessa nulidade.

Assim, o instituto das nulidades processuais não se esgota com o pronunciamento de nulidade do ato, mas se estende até as últimas repercussões possíveis no processo.

Nesse passo, o juiz deverá agir do seguinte modo: a) identificar o defeito; b) verificar se é caso de invalidação; c) decretar a nulidade; d) aplicar a sanção; e, e) examinar os reflexos da nulidade do ato em relação ao restante da cadeia procedimental.

Feito isso, o juiz pode constatar que: a) o ato defeituoso pode ser apenas parcialmente afetado; b) o ato viciado não atinge outros atos, e aí não haverá maiores consequências processuais, além da extirpação, ratificação, retificação ou repetição do ato defeituoso no processo; c) que os demais atos, ainda que atingidos, podem ser aproveitados.

Essas três circunstâncias serão decisivas para que o sistema de nulidades finalize seu papel dentro do direito processual.

Como se observa, essa fase está intimamente ligada ao princípio da causalidade (ou da dependência legal), que preceitua que a invalidade de um ato não contagia os anteriores, nem os subsequentes que não o tenham por antecedente necessário, contaminando, apenas, os atos sucessivos que dele dependam.

Trata-se da regulamentação do artigo 248 do CPC, que estabelece que a ineficácia atinge somente os atos que são subsequentes ao ato nulo e, ainda, que sejam dependentes.

---

<sup>651</sup> “Assim, ao examinar uma formalidade, dentro desse marco teórico do formalismo-valorativo, verificando as vantagens da forma rígida, as possibilidades de sua flexibilização, os valores processuais envolvidos, o juiz deverá não só enquadrar a análise formal na moldura do devido processo legal, mas também conjugá-la com outros princípios processuais. [...] E não se pense que a flexibilização formal e o redirecionamento valorativo das formalidades – marcados no processo moderno pelas idéias da efetividade, instrumentalidade, formalismo-valorativo – impliquem em perda das garantias processuais decorrentes do devido processo legal.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 189-190). Sobre a noção de formalismo-valorativo, ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

Percebe-se, pois, que a dependência liga o ato sucessivo com o antecedente não só por uma questão cronológica, mas também pelo critério de indispensabilidade e de necessidade, sendo que cada caso concreto dirá o quanto um ato é indispensável para o outro.

Dessa forma, a nulidade de um ato pode não ter nenhum outro reflexo nos demais atos da cadeia procedimental ou então pode constituir uma causa de nulidade capaz de comprometer e tornar nulo todo o processo.

Ressalte-se que a nulidade do processo só pode ser decretada, obviamente, após a petição inicial, momento em que o Judiciário é provocado. A partir daí, o processo pode ser extinto sem resolução do mérito, ou então a inicial pode ser rejeitada por inepta, mas esses dois fenômenos não se confundem com a nulidade, porque os defeitos relacionados com os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, ao lado das nulidades, também podem gerar a ineficácia da relação jurídica processual.

Por fim, os efeitos da decretação de nulidade do ato serão sempre *ex tunc*<sup>652</sup>, ou seja, a partir da anulação do ato defeituoso, sem prejuízo de poder haver aproveitamento de atos posteriores.

### 5.3.6 Nulidade do ato e nulidade do processo

A nulidade do ato (vício de forma) não se confunde com a nulidade do processo (vício de fundo)<sup>653</sup>, que se refere, na verdade, às questões de admissibilidade do processo, relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais.

Portanto, a verificação da validade do processo (pressupostos e condições) deve ser analisada ao lado da apreciação dos atos processuais isoladamente considerados.

## 5.4 **Flexibilização procedimental**

---

<sup>652</sup> “No plano dos efeitos, finalmente, a decretação de nulidade do ato processual viciado opera eficácia *ex tunc*, como que a apagar o passado, na medida em que este não possa ser aproveitado. A atenção do jurista ao concreto também nesta senda é convocada pelo nosso Código (por exemplo, arts. 248 e 249).” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *O problema da invalidade dos atos processuais do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. p. 15. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2014).

<sup>653</sup> Sobre essa diferenciação, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, v. 16).

### 5.4.1 Introdução

O tratamento dado às questões de ordem pública, e especialmente às de interesse público, diz respeito à possibilidade de aplicação do fenômeno da flexibilização procedimental<sup>654</sup>. Essa técnica processual permite que os atos e procedimentos sejam ajustados às peculiaridades da causa, proporcionando uma entrega mais eficiente da tutela jurisdicional.

Não há como prever como será a aceitação e a prática da variação procedimental, até porque, mais do que uma mudança legislativa, necessita-se de uma mudança de mentalidade. Assim, resta aguardar a aplicação do instituto pelos operadores do direito e verificar se o nosso ordenamento comporta tamanha disponibilidade das formas processuais.

De qualquer modo, a multiplicação das relações sociais e a diversidade dos conflitos fazem com que o direito tenha de estar sempre atento à sua capacidade de prever a situação fática, mas, também, de solucionar a eventual controvérsia estabelecida na sociedade. Esse dinamismo da vida e dos relacionamentos afeta todos os ramos do direito e com o direito processual não poderia ser diferente.

Com isso, as técnicas processuais vêm passando por importantes aprimoramentos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, visando a alcançar a adequada e justa prestação da tutela jurisdicional.

Nessa transformação processual, dois valores são constantemente confrontados para se identificar o que mais se ajusta à finalidade do processo: a segurança jurídica e a efetividade. A segurança jurídica é responsável pela previsibilidade necessária às relações processuais e à garantia do devido processo legal. Já a efetividade confere celeridade à prestação jurisdicional e otimiza as formalidades procedimentais.

Ambos os parâmetros valorativos – segurança jurídica e efetividade – possuem relevância e demandam cuidados quando da apreciação, mas, inegavelmente, a efetividade vem se destacando no cenário das alterações processuais, como forma de tornar mais eficaz o exercício da jurisdição.

O prestígio à efetividade deve-se a vários fatores, que vão desde uma justificativa axiológica, em que se prima por mecanismos capazes de assegurar resultados satisfatórios,

---

<sup>654</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 4, v. 6, p. 135-164, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2014.

por meio de técnicas processuais comprometidas com o escopo do processo, até a pragmática, que leva em consideração a atual estrutura judiciária e as tentativas de melhorá-la.

Trata-se, na verdade, do desdobramento das alterações ideológicas sofridas pelo nosso Estado Democrático de Direito e seus reflexos no campo do processo. Esse novo modelo de Estado fez com que vários institutos processuais precisassem ser revisitados e reavaliados, para se adaptarem às exigências e às necessidades que hoje estão presentes na disciplina processual.

Nesse contexto, surge a ideia de flexibilização do procedimento, como uma alternativa para as técnicas processuais que eventualmente sejam inapropriadas, diante da relação jurídica apresentada.

Como tal mecanismo, em tese, retira a previsibilidade inerente à segurança jurídica e supostamente fere as garantias constitucionais do devido processo legal, há de se verificar a forma e as consequências resultantes da utilização das variações procedimentais destinadas à prestação adequada da tutela jurisdicional, de acordo com os escopos da jurisdição.

Vejam os a seguir as consequências processuais decorrentes da flexibilização procedimental, fenômeno que é fruto da evolução dos parâmetros constitucionais e processuais, visando a atingir o verdadeiro escopo do direito processual contemporâneo.

#### 5.4.2 Justificativas da flexibilização do procedimento

Atualmente, o aparato normativo processual apresenta-se como um conjunto de procedimentos relativamente rígidos, em que se confere pouca margem de disposição da sequência dos atos e das formas processuais. Trata-se do sistema da legalidade das formas, em contraposição ao sistema da liberdade das formas<sup>655</sup> procedimentais.<sup>656</sup>

Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, que segue o modelo da *civil law*, a forma encontra uma expressão diferenciada, na medida que é responsável por conferir ordem social, por meio do regramento das condutas humanas. Além disso, a forma garante a previsibilidade legislativa, estabelecendo hipóteses abstratas e gerais, que conduzem as relações sociais de modo impessoal. Por fim, a importância da forma está em evitar os

---

<sup>655</sup> “Apesar da liberdade das formas e do progressivo abandono do formalismo, por todos defendidos, não há ato sem forma, porque é a forma que introduz o ato no processo.” (GRECO, Leonardo, *O processo de execução*, cit., v. 1, p. 257).

<sup>656</sup> Fernando Gajardoni assevera que não há sistemas puros, mas apenas tendentes à rigidez (como o nosso) (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 79-80).

arbítrios e preferências dos agentes públicos frente aos particulares, assegurando a necessária isonomia de tratamento de todos os envolvidos na relação jurídica processual.<sup>657</sup>

Contudo, após o reconhecimento da autonomia do direito processual frente ao direito substancial, houve um momento de apego excessivo às formas, tornando-as um fim em si mesmo e deformando os escopos do processo<sup>658</sup>. O processo então passou a ser refém de suas próprias armadilhas e retirou de seu foco a finalidade para a qual foi concebida, que é de servir ao direito material e proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional.<sup>659</sup>

Com isso, a segurança jurídica, que autorizava e justificava um procedimento mais estático, passou a ser questionada, para dar ensejo a soluções mais céleres e eficazes. Desse modo, a segurança jurídica saiu de uma análise de meio e fim, para uma análise apenas finalística.

Nesse passo repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se que seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais, por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada, e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado.<sup>660</sup>

---

<sup>657</sup> Nas palavras de Antônio Cabral: “Além de proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos. Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção de arbitrariedades. Especialmente num Estado de Direito, que é aquele em que impera o *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez sejam o modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 9).

<sup>658</sup> “A forma, no processo civil, está diretamente ligada à idéia de organização e de previsibilidade do procedimento, bem como de controle contra o arbítrio do Estado e até como fator de equilíbrio entre as partes (aspectos positivos de sua utilização). Não é por outro motivo que se costuma afirmar que o processo é eminentemente formal, no sentido de penhor da legalidade e segurança das partes. Quando, porém, utilizada em excesso, a forma pode levar ao formalismo, transformando-se em um mal, na medida em que pode até impedir a consecução das finalidades do processo.” (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14. (Coleção Atlas de Processo Civil).

<sup>659</sup> “Pode-se dizer, pois, que o direito processual é ciência que tem por escopo a construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material. Trata-se de visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 14).

<sup>660</sup> “Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com as formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. Não se nega que certo rigor formal ‘é a espinha dorsal do processo’, e que ‘seria impensável o processo sem determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes entre os sujeitos’. O que não parece certo é vincular a fonte de emissão destas regras exclusivamente à norma cogente, ou estabelecer que só assim há previsibilidade, conseqüentemente segurança aos contendores, como se o juiz fosse um ser inanimado incapaz de ordenar adequadamente o rito processual. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório,

Registre-se, aqui, o importante papel da jurisprudência<sup>661</sup>, que por meio de inovações corajosas, possibilitou que em muitos casos a justiça fosse efetivamente alcançada e reconhecida. A doutrina, por sua vez, aprimorou cientificamente as evoluções jurisprudenciais e ainda identificou outros possíveis caminhos para o direito processual.<sup>662</sup>

Esse esforço conjunto foi responsável por diversas alterações normativas, que acompanharam a trajetória de um novo modelo de processo. Dentre elas, está a flexibilização do procedimento, prevista no Projeto de Novo CPC. Trata-se de intrigante iniciativa e que demandará muita reflexão e amadurecimento jurídicos, além de grande observação de sua aplicação pela jurisprudência porque, apesar das inúmeras reformas processuais ocorridas ao longo dos anos, desde a entrada em vigor do Código de 1973, não havia até então se admitido um instituto processual que permitisse tamanha disposição do procedimento e só o cotidiano forense poderá indicar o sucesso ou não dessa possibilidade processual.

A inserção da flexibilização do procedimento no ordenamento brasileiro acompanha uma tendência que já vem sendo adotada por outros sistemas jurídicos, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal<sup>663</sup>. Resta então aguardar como será o

bem como pela possibilidade de reexame da decisão em sede recursal, até porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 86).

<sup>661</sup> “Não se pode negar que a jurisprudência pode exercer influência junto ao legislador, mediante a sinalização da necessidade de ser suprida a carência legislativa em certas matérias ou evidenciando a conveniência ou mesmo a necessidade de modificação no direito positivo. Vigente. A aplicação do direito é uma ‘obra de acomodação do geral ao concreto’, demandando incessante trabalho de adaptação e até mesmo de criação, já que a lei não pode prever todas as inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.” (TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 109. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 13).

<sup>662</sup> Marcelo Bonicio, ao tratar da necessidade de uma postura ativa do juiz quando da adequação de meios, mas que obedeça o princípio da proporcionalidade, acrescenta: “A exigência de adequação de meios, tal como estruturada no princípio da proporcionalidade, parece unir os antigos reclamos da doutrina processual com a moderna tendência de instrumentalização do processo, tornando ainda mais consistente a obrigação que o juiz tem de participar ativamente do processo. Esta busca por uma maior participação do juiz no processo deve contribuir para tornar o processo mais justo e equo, com uma fase instrutória conduzida com sabedoria e comprometimento com os ideais de justiça que se esperam desta atividade. Tudo isso deverá resultar num julgamento que se aproxime o máximo possível da verdade.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 94. Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação Carlos Alberto Carmona).

<sup>663</sup> “Esta nossa conclusão sobre a eclosão de um novo sistema gerencial no estudo do processo civil se revelará pela análise de alguns ordenamentos jurídicos (Inglaterra, Estados Unidos e Portugal), que, independentemente de se filiarem ao sistema adversarial ou inquisitorial, acabam permitindo que o procedimento seja flexibilizado em favor da adequada tutela de direitos, pouco se importando se isto representa ou não quebraamento do modelo processual historicamente desenhado.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 112).

desenvolvimento da flexibilização aqui no Brasil, já que não se sabe de antemão como será a recepção pelos operadores do direito.

Apesar disso, pode-se afirmar, com segurança, que a flexibilização do procedimento enseja uma concepção completamente distinta da que se tem atualmente em relação às nulidades processuais e à preclusão.

Consequentemente, se antes da previsão da novidade não havia um perfeito consenso, principalmente na jurisprudência, sobre a aplicação das nulidades processuais e sobre o reconhecimento da preclusão, agora será necessária uma cautela ainda maior, a fim de que todas as instâncias confluam para uma interpretação coerente das referidas matérias. Há, portanto, de existir um denominador comum entre os posicionamentos jurídicos, para permitir que os benefícios da flexibilização se sobressaiam e possam ser efetivamente úteis na entrega da tutela jurisdicional.

Apesar desses desafios, registre-se que a flexibilização possui perfeita compatibilização com a função legitimadora do procedimento<sup>664</sup> e com o devido processo constitucional<sup>665</sup> – material e formal –, representando uma técnica processual que vem atender às expectativas dos jurisdicionados de uma tutela judicial que efetiva e tempestivamente corresponda ao seu direito material.<sup>666</sup>

#### 5.4.3 A flexibilização do procedimento no Brasil

---

<sup>664</sup> “A flexibilização do procedimento processual não tornaria a decisão nele proferida menos legítima, tampouco afetaria a sua função de desviar e amortizar as frustrações ao longo do *iter*. Em nenhuma passagem da elaboração da teoria sistêmica-funcional de Luhmann se condicionou o poder legitimante do procedimento à sua rigidez. Por isso, mesmo com um procedimento maleável conforme às circunstâncias do caso concreto, a decisão final do processo estaria legitimada, já que curso procedimental teria neutralizado as expectativas de ilusões e decepções das partes com o produto final da prestação jurisdicional.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 97).

<sup>665</sup> “Modernamente, a cláusula do devido processo compreende o direito constitucional a um procedimento adequado, isto é, conduzido sob o pálio do contraditório, aderente à realidade social e consuetudinária com a relação de direito material controvertida. Exatamente por isso a adequação do procedimento abstratamente e rigidamente previsto em lei às peculiaridades ligadas ao direito material, caso a caso, acaba por favorecer o princípio do devido processo legal ao invés de esmorecê-lo.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 100).

<sup>666</sup> “Assim, em prol da justa adequação de meios, seria muito melhor que fosse estabelecido um procedimento específico para cuidar dos assuntos mais recorrentes, na esfera da ação civil pública, porque entre eles não há a mesma homogeneidade que há entre as demandas individuais, de maneira que o procedimento ordinário, evidentemente, não tem condições de oferecer respostas *adequadas* aos problemas que surgem na esfera das ações civis públicas.” (BONICIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*, cit., p. 151).



Os ajustes necessários não são uma novidade em nosso ambiente jurídico e costumam se manifestar como fenômenos denominados de conversão, fungibilidade<sup>667</sup> ou adaptação, expressões que geralmente são utilizadas como sinônimas pela doutrina. A primeira se revela no sentido de troca, substituição, e a segunda no sentido de escolha. Já a terceira, no sentido de flexibilização ou de aproveitamento do meio, como se fosse o mais correto. Apesar dessa diferenciação, os casos de fungibilidade são tratados na doutrina ora como troca, substituição, ou seja, no sentido de conversão formal, ora no sentido de possibilidade de utilização de mais de um meio processual posto à disposição pela lei, e ora para se aproveitar o ato inadequado.<sup>668</sup>

O termo fungibilidade<sup>669</sup> é utilizado no processo civil pátrio em situações pontuais, como nos recursos, em relação aos interditos proibitórios (art. 920 do CPC), entre as medidas cautelares (art. 805 do CPC), no recebimento de tutela antecipada como cautelar incidental (§ 7º do art. 273 do CPC).

Já a expressão conversão é utilizada pelo legislador nacional em diversas hipóteses, como: conversão do rito sumário em ordinário (art. 277, §§ 4º e 5º do CPC); conversão, pelo relator, do recurso de agravo denegatório em recurso especial ou extraordinário, para

---

<sup>667</sup> Luiz Gustavo Tardin, em obra que destaca a fungibilidade das tutelas de urgência, assevera: “O princípio da fungibilidade, como mecanismo para flexibilizar a rigidez das formas processuais, tem sido aplicado no direito processual civil. Além disso, é tradicional o emprego do princípio da fungibilidade no âmbito recursal e se aplica também na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisas. No mais, o art. 922 do CPC autoriza a fungibilidade nas demandas possessórias.” (TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 152. Coleção Temas Fundamentais de Direito, v. 4).

<sup>668</sup> “Em resumo, existem casos em que há verdadeira fungibilidade de meios, ou seja, possibilidade de utilização de mais de um meio (fungível entre si) para atingir determinando fim (escolha da parte é admitida), e existem outros casos em que se está diante de fungibilidade de meios entendida como troca do meio efetivamente utilizado pela parte para outro que se entende como mais correto ou adequado para aquele caso – conversão, seja ela concreta ou formal, seja ela apenas intelectual (conversão propriamente dita) para fins de aproveitamento deste ato. Essa diferenciação é muito importante em termos de resultado e da necessidade de sanatória por parte do Poder Judiciário. No primeiro caso (escolha), não cabe ao juiz determinar a alteração do meio adotado pela parte porque, como se verá, qualquer meio, colocado à disposição de parte pelo ordenamento jurídico processual, para aquela situação, é igualmente idôneo para que alcance os fins almejados (há verdadeira fungibilidade de meios, meios indiferentes com relação ao resultado pretendido). Já no segundo caso (conversão), a fungibilidade tem significado um pouco diverso, ou seja, não há essa indiferença entre os meios, de modo que não caberia, em tese, à parte, escolher o meio que julga mais adequado para atingir os fins colimados, já que a lei processual determina de forma expressa o meio adequado para aquela situação. Por qualquer motivo (erro na utilização da forma ou qualquer característica específica na relação material etc.), a parte utiliza-se de meio inadequado para tanto que, porém, pode ser convertido ou aproveitado.” (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Fungibilidade dos meios*, cit., p. 11-12).

<sup>669</sup> Guilherme Teixeira explica que são quatro as situações que autorizam a aplicação prática do princípio da fungibilidade: a) quando a lei não estabelece o instrumento processual a ser utilizado no caso concreto; b) quando há, teoricamente, mais de uma solução possível e legitimada pelo sistema; c) quando a natureza da relação jurídica de direito material ou a situação fática permitem a adaptação do pedido ou da medida pedida pela parte; d) quando a parte utilizou inadequadamente um instrumento processual, não observando a forma prevista pelo legislador, mas esta não se faz necessária ao alcance do escopo do ato processual, não servindo

juízo deste último, se for o caso (art. 544 do CPC); conversão da ação de execução de obrigação de fazer em indenização (art. 633 do CPC); conversão do arresto em penhora (art. 654 do CPC); conversão do mandado monitório em mandado executivo (art. 1.102, “c”, do CPC); conversão da obrigação de fazer e não fazer em perdas e danos (art. 84, § 3º, do CDC); conversão da busca e apreensão em ação de depósito, caso o bem não seja encontrado (art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69); conversão da execução de entrega em indenização nos Juizados Especiais (art. 52, V, da Lei n. 9.099/95) etc.

Por sua vez, quanto ao princípio da adaptação<sup>670</sup>, poder-se-ia indicar na lei a conjugação do artigo 154, *caput*, com os artigos 243 e seguintes, do CPC, que tratam das nulidades processuais. Essas normas dispõem que, a princípio, os atos e termos processuais só ensejarão vício se a forma, prevista em lei e com cominação de nulidade, não for atendida no processo.

Por outro lado, inexistindo previsão legal ou cominação de nulidade, a forma utilizada só causará nulidade se de outro modo não atingir sua finalidade ou se causar prejuízo à parte. Em outras palavras, se os atos ou termos do processo previstos na lei sem cominação de nulidade atingirem sua finalidade ou não causarem prejuízo à parte, serão considerados válidos.

Fernando Gajardoni justifica as hipóteses de maleabilidade das formas do processo civil brasileiro, em razão de dois princípios, a saber: a) princípio da adequação, que é “a imposição dirigida ao legislador federal e estadual para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material”; e, b) princípio da adaptabilidade (ou da elasticidade processual), para designar “a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa”. Acrescenta o autor que a flexibilização do procedimento “é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade”, bem como que ambos os

---

como garantia às partes ou para a ordenação do processo. (TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros, *Teoria do princípio da fungibilidade*, cit., p. 277-278).

<sup>670</sup> “Por fim, também estaria incluída a possibilidade de aplicação do princípio da adaptação do procedimento (sua flexibilização), o que, certamente, não se confunde com fungibilidade (como escolha entre diversos meios sendo todos idôneos por previsão ou omissão legal, ou ainda em função de dúvidas objetivas) e conversão (somente um meio idôneo ao qual o meio efetivamente utilizado é convertido), tratando-se de mera adaptação (adequação ou flexibilização) do meio considerado idôneo e que foi efetivamente utilizado ao caso concreto. Ademais, nunca é demais lembrar que isso não se confunde com a aplicação da teoria da substanciação ou com a irrelevância do *nomen iuris* adotado pela parte, como visto acima.” (AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Fungibilidade dos meios*, cit., p. 133).

princípios “se operam do ponto de vista subjetivo (das partes) ou objetivo (direito material)”<sup>671</sup>.

Não bastasse, o autor classifica os sistemas de flexibilização procedimental em: 1) flexibilização por força de lei, subdividido em a) flexibilidade procedimental legal genérica e b) flexibilidade procedimental legal alternativa; 2) flexibilização procedimental judicial; e 3) flexibilização procedimental voluntária das regras de procedimento.<sup>672</sup>

Na flexibilização por força de lei, o legislador ou deixa a critério exclusivo do juiz eleger, com a colaboração das partes, a melhor combinação de atos processuais (flexibilidade procedimental legal genérica), ou indica algumas variantes procedimentais a serem judicialmente eleitas, conforme o caso concreto (flexibilidade procedimental legal alternativa). São exemplos da primeira hipótese os artigos: 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); 1.109 do CPC (jurisdição voluntária); 21 e § 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96); 6º da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95); e a atipicidade das medidas executivas nas obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (arts. 461, § 5º, e 461-A, § 3º, do CPC, e 84, § 5º, do CDC. Como exemplos da segunda hipótese, podem-se citar: a conversão do procedimento sumário em ordinário (art. 277, §§ 4º e 5º, do CPC); a faculdade da audiência preliminar (art. 331, § 3º, do CPC); o ônus da prova (art. 333 do CPC) e a inversão (art. 6º, VI, do CDC); a interrupção do curso procedimental pela resolução antecipada do pedido (arts. 285-A do CPC e 330 do CPC); a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do CPC); o julgamento monocrático dos recursos (arts. 527, I, 557, § 1º e § 1º-A, do CPC), e a conversão legal dos recursos (arts. 527, II, e 544, § 3º, do CPC).<sup>673</sup>

Na flexibilização procedimental judicial, o julgador, na falta de previsão legislativa, adéqua o procedimento aos valores concebidos na Constituição. Citam-se como exemplos: os direitos difusos e coletivos e procedimento diferenciado<sup>674</sup>; a inversão da ordem de produção

<sup>671</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 134-135.

<sup>672</sup> “Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, nosso país se filiou, preponderantemente, ao primeiro regime de flexibilização procedimental, com ampla incidência do modelo legal de tramitações procedimentais alternativas em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 138-139).

<sup>673</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 140-180.

<sup>674</sup> “As técnicas diferenciadas existentes no Brasil que tentam, ou ‘que se propõem’ a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa pode ser resumida do seguinte modo: (a) julgamento liminar de ações repetitivas (art. 285-A, CPC); (b) incidente de uniformização (art. 476, CPC); (c) afetação de julgamento a órgão colegiado indicado no regimento interno do tribunal (art. 555, § 1º, CPC); (d) uniformização de interpretação da lei federal no Juizado Especial Federal (art. 14, Lei 10.259/2001); (e) súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988 e Lei 11.417/2006); (f) julgamento por pinçamento dos recursos especiais e extraordinários (arts. 543-B e 543-C, CPC), entre outras.” (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil?: diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 184, p. 133, jun. 2010).

de provas; a fungibilidade procedimental; a fungibilidade entre ritos e demandas; a fungibilidade entre defesas; a fungibilidade entre procedimentos liquidatórios; a fungibilidade entre as cautelares típicas e atípicas; a utilização de procedimento diverso do legal e abstratamente previsto; as variantes no âmbito do procedimento recursal; a flexibilização judicial dos prazos; e a flexibilização das rígidas regras sobre preclusão.<sup>675</sup>

Por último, quanto à flexibilização procedimental voluntária, a parte elege o procedimento ou o ato processual da série que seja mais adequado à tutela de seu direito. Assim, concilia-se o ativismo do juiz com o ativismo das partes<sup>676</sup>. Com isso, verifica-se a possibilidade de: flexibilização da cogência normativa, em favor da eleição do procedimento pela parte, prorrogação convencional de prazos e eleição do ato processual da série.<sup>677</sup>

Contudo essas regras, que mesmo sem previsão legal já poderiam ser consideradas como implícitas em nosso ordenamento, terão sua potencialidade extremamente alargada, para sustentar as possibilidades de ajustes que traz o novo CPC, e ainda demandarão uma reformulação da teoria das nulidades e da preclusão<sup>678</sup>, já que tornarão o sistema processual infinitamente mais flexível, inclusive quanto a algumas prescrições legais tidas como intransponíveis, se isso atender aos escopos da nova ideologia do processo.

O objetivo desses institutos é evitar as situações de extinção do feito sem resolução do mérito e a propositura de novas demandas e sua perpetuação, e ainda permitir que o processo avance para produzir a coisa julgada material, com uma resolução definitiva do conflito.

Ora, as hipóteses de fungibilidade e de conversão, ou dos princípios da adequação e da adaptabilidade, sempre foram vistas com ressalva pela doutrina e pela jurisprudência<sup>679</sup>, mas

<sup>675</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 180-215.

<sup>676</sup> “*Limites*: A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 1, v. 1, p. 10 out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014).

<sup>677</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 215-222, nota 27.

<sup>678</sup> “Assim, o estudo da preclusão está intimamente ligado ao formalismo, pela relação direta da elasticidade do procedimento com as prerrogativas dos sujeitos do processo.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 257).

<sup>679</sup> “Não obstante divergência no STF quanto à aplicação do princípio da fungibilidade fora do âmbito recursal, foram observados seis acórdãos e oito decisões monocráticas no sentido da possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade em situações onde a troca não é feita entre recursos.” (SILVA, Erick Simões da Camara e. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no

nem por isso deixaram de ser aplicadas ao caso concreto, quando pudessem garantir a efetiva entrega da tutela jurisdicional, sem que houvesse prejuízos para as partes.

Entretanto, a nova previsão legislativa – promoção de ajuste às peculiaridades da causa – é muito mais abrangente, uma vez que, além de não trazer parâmetros para a sua execução na prática, ainda inclui a possibilidade de ajuste do ato processual em si, o que merece bastante reflexão e cautela dos atuantes do direito e demandará toda uma logística operacional, inclusive no que tange aos serviços cartorários.

Sem dúvida, o papel do juiz<sup>680</sup> na aplicação do dispositivo em comento será decisivo para o sucesso ou não do instituto, uma vez que tanto a atitude contida<sup>681</sup> do magistrado, quanto os excessos judiciais<sup>682</sup>, poderão determinar os rumos da nova experiência legislativa.

#### 5.4.4 Variação procedimental no direito estrangeiro

No estrangeiro, observa-se que alguns ordenamentos jurídicos já dispõem de técnicas processuais que permitem uma maior disposição dos atos e das formas processuais. Aqui serão analisados apenas quatro: o estadunidense, o inglês, o francês e o português. Esse movimento pela busca de meios capazes de aprimorar a técnica processual e proporcionar uma prestação jurisdicional mais adequada decorreu, antes de tudo, da mudança de paradigma ideológico que afetou tanto os países da *common law*, como os da *civil law*.

---

processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 181, p. 294, mar. 2010).

<sup>680</sup> Numa visão bastante pessimista da figura do juiz: “Outra falácia recorrente é a da credulidade romântica no ativismo judicial técnico processual, que permitiria flexibilizações procedimentais solitárias pelo juiz no caso concreto em face das peculiaridades de aplicação. Tal crença na sensibilidade do juiz para fazer essas adequações procedimentais solitárias, parte do dogma do protagonismo judicial, criticado por muitos em face dos ganhos constitucionais do último século e que padece de um problema prático óbvio: o magistrado brasileiro não possui tempo e infraestrutura para ‘sopesar’ no caso concreto quais as melhores opções procedimentais a seguir, além de ser inevitável a visualização do impacto (político, econômico, social) de suas decisões. Para o sistema que ele trabalha somente importa o cumprimento de metas e o julgamento em profusão!” (NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil?: diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade, cit., p. 133).

<sup>681</sup> “Nesta mesma linha de raciocínio, se o direito processual não se flexibilizar em função do direito material, teremos um instrumento absolutamente ineficaz. É preciso tomar consciência de que instrumentalidade não se compatibiliza com neutralidade ou indiferença quanto às necessidades verificadas no plano material. Não basta a previsão em abstrato de um procedimento para possibilitar ao titular de uma situação substancial carente de proteção o acesso à tutela jurisdicional efetiva. Não se pode olvidar que o processo, nas suas várias espécies, é sempre voltado a uma situação de direito substancial. Como já se advertiu com muita propriedade, o processo não pode ser colocado no vácuo, sendo imprescindível o reconhecimento, pelos juristas, de que as técnicas processuais servem a funções sociais.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 65-66).

<sup>682</sup> “Na direção do processo, deve o juiz buscar flexibilizar a técnica, nos limites da legalidade, com o objetivo de torná-lo efetivo. É essencial que o sistema processual dote o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo. Isso advém do interesse público que o permeia.” (OLIVEIRA, Swarai Cervone de.

Conforme já mencionado, no liberalismo do século XIX, o processo se destinava a proteger a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos, e não a observância do direito objetivo ou salvaguarda do interesse público, em decorrência da grande desconfiança em relação ao juiz, que deveria permanecer inerte no processo, submetendo-se integralmente à iniciativa das partes. Já no século XX, iniciou-se o movimento de publicização do processo civil, que dominou a doutrina da época, sob a alegação de que o incremento dos poderes do Estado na sociedade ensejaria o progresso social e justificaria o poder do juiz, aumentando o acesso e a qualidade da justiça. Era o interesse público sobre o particular.

Dentre os efeitos dessa guinada ideológica, destaca-se o incremento dos poderes do juiz de controlar e ajustar o desenvolvimento do procedimento, de acordo com as peculiaridades da causa.

Os poderes do juiz no *adversary system* norte-americano são vistos com reserva, uma vez que as eventuais mudanças na postura do magistrado – ao menos nas ações individuais – importam não só em uma reavaliação do sistema judiciário norte-americano, como ainda em um enfraquecimento de um sistema arraigado na cultura local (na qual a ideia ligada ao sistema inquisitório lembra a ofensa aos princípios básicos e a Inquisição). Dessa forma, permanecem apegados ao modelo adversarial.<sup>683</sup>

Ainda assim, o movimento que ocorre nos Estados Unidos, chamado juízes gerenciais, consiste no fato dos juízes, antes e depois do julgamento, tentarem modelar o litígio e influenciar nos resultados. Eles negociam com as partes o curso, o tempo e a extensão pré e pós-julgamento.

Essa responsabilidade gerencial dá grande poder aos juízes. Eles trabalham longe da publicidade e sem registro, como também sem nenhuma obrigação escrita, motivação e fora do alcance recursal. É uma nova forma de “ativismo judicial”, uma atitude que comumente atrai críticas substanciais. Judith Resnik alerta que os juízes gerenciais ensinam outros juízes a valorizar estatísticas, como o número de casos distribuídos, mais do que a qualidade de sua distribuição.<sup>684</sup>

Fernando Gajardoni informa que o *case management* das cortes federais norte-americanas, elaborado à luz das *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) busca a solução de conflitos por via dos meios alternativos das controvérsias (ADR) e também a flexibilização

---

*Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 13 – Coleção Atlas de Processo Civil - Coordenação Carlos Alberto Carmona).

<sup>683</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50.

judicial do procedimento (o juiz, juntamente com as partes, estipula previamente as etapas do desenvolvimento do feito, o gerenciando).<sup>685</sup>

Para fins deste estudo, o que se sobrepõe a notar é que o *case management* norte-americano parte do princípio de que é dado ao magistrado, e não mais exclusivamente às partes ou à lei, estabelecer qual a melhor rota a ser seguida para a solução da demanda. Seja utilizando-se dos procedimentos gerenciais reconhecidos pelo *Federal Judicial Center*, seja estabelecendo por si mesmo qual o melhor encaminhamento da causa (elaborando-se um plano próprio de condução do caso logo no início do processado), o fato é que não há vinculação do julgador aos rígidos modelos estabelecidos pelas leis processuais.

A forma do procedimento é tão desimportante para o modelo de processo norte-americano – o que demonstra não ser ela representação alguma de justiça da decisão –, que eventuais vícios são incapazes de comprometer, como regra, o resultado dos julgamentos, sendo raríssimas as hipóteses de anulação das decisões prolatadas por vício de forma.<sup>686</sup>

Na Inglaterra, após importante reforma processual, também se considerou a possibilidade de flexibilização porque as CPRs estabelecem apenas três procedimentos (*tracks, procedures* ou *courses of actions*) para a solução das demandas<sup>687</sup>. Essas novas técnicas processuais foram bem recebidas pelos operadores do direito e têm contribuído para uma maior efetividade do processo.<sup>688</sup>

---

<sup>684</sup> RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

<sup>685</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 119.

<sup>686</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca, op. cit., p. 121.

<sup>687</sup> “A eleição desses procedimentos, todavia, não ficou exclusivamente na esfera legislativa, ou estritamente atrelada ao valor da causa. Salvo nas situações expressamente vedadas pelas CPR, as partes e o juiz podem optar por quaisquer destes procedimentos, respeitados alguns mínimos limites legais que indicam os dados tidos como relevantes para a opção procedimental (*matters relevant to allocation to a track*), nos termos da regra de n. 26.8. Entre eles, destacam-se a complexidade dos fatos, do direito ou das evidências, o número de litigantes ou sua quantidade especial, os reflexos da decisão para pessoas que não serão partes, a quantidade de prova oral a ser produzida etc. Além disso, na constatação desses dados tidos por relevantes no curso do processo, nada impede que o procedimento seja modificado (*re-allocation track*), com a adoção de *iter* padrão diverso do inicial (R. 26.10), independentemente, repita-se, do valor da causa.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 114-115).

<sup>688</sup> “A reforma processual civil inglesa, de acordo com fontes do governo britânico, foi considerada exitosa logo após três anos de adoção da CPR. Acompanhamento estatístico da reforma mostrou que o tempo médio de julgamento de um caso nas cortes locais caiu de 639 dias em setembro de 1997 (antes das CPR) para 498 dias em 2000-2001. Revelou, ainda, que o tempo entre a reclamação e a audiência inicial nos juizados de pequenas causas, apesar de aumentar logo após a introdução das CPR, começou a cair a partir de 2002. E que a substituição do primeiro ano de vigência da reforma, de um aumento significativo de casos submetidos aos meios alternativos de solução das controvérsias (ADR), o que está contribuindo para a formação de uma cultura jurídica menos adversarial na Inglaterra e para a diminuição do número de demandas ajuizadas.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 117-118).

A possibilidade de modificação contratual do procedimento no direito francês vem estabelecida no Décret n. 2005-1678 de 28.12.2005<sup>689</sup>. Diferentemente dos dois sistemas primeiramente citados, no direito francês observa-se uma maior cooperação entre o juiz e as partes, para estabelecer acordos processuais. Além disso, a contratualização do processo é ampla e se revela de várias formas, como as convenções que visam a evitar o processo, as que ocorrem durante o processo, acordos relativos ao juiz, dentre outras.<sup>690-691</sup>

Verifica-se, pois, que os dois primeiros sistemas preferiram conferir um amplo poder discricionário ao juiz para dirigir o processo da forma que melhor convier à entrega da efetiva tutela jurisdicional. Já no sistema francês, concede-se grande poder às partes de condução do processo, por meio de contratos de procedimentos.

Em Portugal, desde a reforma do CPC de 1995 (Decreto-Lei n. 329-A/95, posteriormente retificado pela Lei n. 28/96, implementada pelo Decreto-Lei n. 180/96)<sup>692</sup>, foi instituído o artigo 265º-A, que trata do princípio da adequação formal, contendo disposições bem semelhantes ao que ora se pretende instituir no Projeto de Novo CPC brasileiro, ou seja, conferindo amplo poder de gestão processual ao juiz português<sup>693</sup>, para a promoção de adaptações procedimentais.<sup>694</sup>

---

<sup>689</sup> Estabelece o referido Decreto: “Article 23. Le troisième alinéa de l'article 764 est remplacé par les dispositions suivantes: ‘Il peut, après avoir recueilli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige.’”

<sup>690</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 160, p. 61-82, jun. 2008.

<sup>691</sup> “E essa colaboração deve ser buscada espontaneamente pelas partes e pelo Estado, tanto por mecanismos legais quanto por instrumentos consensuais. Nesse sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procédure*, um acordo plural entre os sujeitos do processo em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, como, por exemplo, prazo limite para alegações, prazo para julgamento, troca de documentos, dispensa de recursos etc.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais, cit., p. 219).

<sup>692</sup> O poder de adaptação do procedimento do juiz português está normatizado no CPC lusitano, da seguinte forma: “Art. 265º-A - Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

<sup>693</sup> “A circunstância de o juiz poder agora fazer tudo também em matéria de formas processuais não significa, bem entendido, que não haja limites à sua gestão processual. Os direitos à decisão da causa em prazo razoável e ao processo equitativo, acolhidos na Constituição (art. 20º, n. 4), nomeadamente no que respeita aos princípios do contraditório, de igualdade de armas, da imparcialidade, da economia processual e ao direito à fundamentação das decisões; o fim do processo e a natureza contenciosa da jurisdição constituirão exemplos desses limites.” (MENDONÇA, Luís Correia de. *Processo civil líquido e garantias: o regime processual experimental português*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 170, p. 234, abr. 2009).

<sup>694</sup> Com efeito, o novo princípio da adequação formal vem romper com o apertado regime da legalidade das formas processuais. Através dele, visa-se remover um obstáculo ao acesso à justiça em obediência à natureza



Concluindo o tópico, observa-se que os grandes sistemas jurídicos – cada qual com as suas peculiaridades – estão gradativamente reconhecendo e/ou implementando o aumento da iniciativa do órgão judicial, seja por partilharem das ideias do publicismo, seja sob a justificativa de se atender à exigência constitucional da efetividade.

Como essas alterações ideológicas e práticas são relativamente recentes, tanto em relação à legislação, quanto em relação ao estabelecimento de uma cultura de flexibilização nos ordenamentos mencionados, resta aos juristas apenas observar a evolução dos novos institutos para, se for o caso, aprender as novas técnicas e incorporar no processo civil brasileiro o que tiver êxito e for compatível com a nossa realidade jurídica.

De qualquer modo, ainda que de forma incipiente, é possível que a doutrina e a jurisprudência dos ordenamentos que adotam o liberalismo mitiguem os exageros do privatismo, para que o processo e a verdade não fiquem tão reféns do voluntarismo e do capricho das partes.

#### 5.4.5 Espécies de flexibilização procedimental

São três os modelos de flexibilização identificados pela doutrina: (i) por imposição legal (por exemplo: art. 654, conversão do arresto em penhora, do CPC brasileiro); (ii) decorrente de ato judicial (ex.: o *case management* inglês e as adaptações do procedimento do direito português); e (iii) por ato das partes (por exemplo: *contract de procédure* do direito francês).

Entretanto, parece que o Projeto de Novo CPC estabelece uma quarta categoria de variação procedimental, que mistura a flexibilização por imposição legal e a decorrente de ato judicial. Assim, tanto as hipóteses expressamente autorizadas na lei, como as que forem criadas pelo juiz, podem ser consideradas como forma de adaptação procedimental.

Com efeito, o Projeto de Novo CPC, prevê em duas oportunidades a possibilidade de variação procedimental.

---

instrumental da forma do processo; se a tramitação prevista na lei não se adequar ao fim do processo. Conferem-se, então, os correspondentes poderes ao juiz para adaptar a sequência processual às especificidades da causa apresentada em juízo, reordenando os atos processuais a serem praticados no *iter*, inclusive com a determinação da prática de ato não previsto ou a dispensa de ato inútil previsto, ou ainda com a alteração da ordem dos atos abstratamente disciplinados em lei. [...] Acrescente-se a isso, ainda, o fato de que não há antecedentes históricos, tampouco paralelos em direito comparado, a facilitar a interpretação do novel princípio na extensão em que foi contemplado pelo CPC português. Por isso, a doutrina portuguesa vem se esforçando para traçar limites à aplicação do dispositivo, bem como obviar as hipóteses práticas de sua utilização. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, de acordo com as recentes reformas do CPC, cit., p. 126-127).

Registre-se, apenas, que o tema sofreu relevantes alterações desde o Anteprojeto 166/10.<sup>695</sup>

No Projeto de Novo CPC apresentado ao Senado, os poderes do juiz foram bastante intensificados, para que pudessem atuar positivamente do desenvolvimento do processo. A Comissão quis ir além, para dotar os juízes de amplos poderes gerenciais do processo, possibilitando adaptações procedimentais ainda pouco experimentadas. Isso criou uma automática reação de alguns setores da comunidade jurídica, especialmente a dos advogados, por temerem abusos e arbítrios pelos magistrados.

Como fontes principais dessa flexibilização, destacavam-se o artigo 107, V, bem como o artigo 151, parágrafo 1º, que versavam sobre a possibilidade de ajuste de atos e procedimentos, quando inadequados às peculiaridades da causa. Assim, o modelo de flexibilização procedimental adotado pelo Anteprojeto foi o de imposição legal, e atribuía ao juiz poderes amplos e discricionários para modelar o procedimento e os atos processuais de acordo com as especificidades da causa, desde que observado o contraditório e a ampla defesa.

Entretanto, a lei não estabeleceu qualquer parâmetro, exemplo ou limite sobre o tema, o que demandaria muito amadurecimento científico e pragmático, sendo que só o cotidiano forense seria capaz de modelar o desenvolvimento do instituto em nossa cultura jurídica.

Conforme já mencionado, em Portugal, desde a reforma do CPC de 1995, foi instituído o artigo 265º-A, contendo disposições bem semelhantes ao que ora se pretende instituir no Projeto de Novo CPC brasileiro, ou seja, conferindo amplo poder de gestão processual ao juiz para a promoção de adaptações procedimentais. Posteriormente, em 16.10.2006 foi implementado o chamado *regime processual civil experimental*, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilização do processo, mitigando o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Entretanto, constatou-se que a referida novidade não trouxe grandes evoluções ou benefícios para o direito processual lusitano, pela falta de aderência mental e prática dos aplicadores do direito.

Essa realidade, de fato, faz com que fiquemos sem muitas referências quanto ao sucesso do funcionamento da flexibilização procedimental em outros ordenamentos e quanto à segurança para desenvolver o instituto no Brasil, já que, além de inédito, traz consigo alterações profundas e radicais em nosso sistema processual, afetando outros institutos, como

---

<sup>695</sup> Sobre o tema, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 208, p. 275-294, jun. 2012.

o da nulidade e o da preclusão, o que muda completamente toda a dinâmica estrutural e ideológica do processo.

Isso porque não haveria qualquer indicativo da forma e dos limites da flexibilização do procedimento, o que poderia, na prática, trazer inúmeras dúvidas e problemas processuais, sem contar o risco de não se entender a mecânica do instituto ou então de se causar um amplo dissenso de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência, ocasionando uma indesejada insegurança jurídica, capaz de comprometer, em última análise, a própria aceitação dessa técnica.

Por outro lado, essas incertezas poderiam ser eliminadas a partir da exigência de um controle pelo juiz em relação ao grau de disposição postulado pelas partes, a fim de que seja resguardado o interesse público inerente ao direito processual. Desse modo, embora não seja uma tarefa fácil nem para as partes – que têm a responsabilidade de ser razoáveis quando do requerimento de flexibilização – e nem para os juízes – que devem estar atentos para não violarem ou para controlarem a ordem pública processual<sup>696</sup>, especialmente porque a flexibilização do procedimento acarreta necessariamente a alteração drástica de todo o sistema de nulidades processuais e de preclusão, de modo que, sem a harmonização dos três institutos, não há como ser concebida a inovação processual.

Entretanto, esses dispositivos, inspirados no artigo 265º-A do CPC português, não vingaram na extensão inicialmente idealizada, já que o risco de complicações práticas trouxe enorme preocupação à comunidade jurídica, ensejando o acatamento da crítica pelo Senado.

Dessa forma, após relatório elaborado pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, que acolheu o substitutivo apresentado pelo senador. Valter Pereira à Comissão Especial do Senado Federal<sup>697</sup>, o poder de adaptação do juiz foi limitado à possibilidade de dilação dos prazos processuais e de alteração da ordem de produção dos meios de prova (art. 118<sup>698</sup>, V)<sup>699</sup>, não atingindo os atos e procedimentos (retirou-se o

---

<sup>696</sup> “Portanto, nem as partes nem o juiz, solitariamente, são capazes de atingir um resultado melhor. É necessário trabalhar em conjunto. Identifica-se, no processo atual, uma ‘máxima de cooperação’ (*Sammelmaxime*, na expressão de Holzhammer), que reflete não só uma divisão de trabalho, umas uma repartição de responsabilidades entre juiz e partes na condução e nos resultados do processo.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, cit., p. 217).

<sup>697</sup> Tais modificações constam do substitutivo apresentado pelo senador Valter Pereira à Comissão Especial do Senado Federal (Disponível em: <<http://humbertodalla.blogspot.com>>. Acesso em: 30 nov. 2010).

<sup>698</sup> Os artigos 118 e seguintes estabelecem que o juiz dirigirá o processo de modo que a prestação da jurisdição seja a mais adequada e célere possível, desde que cumpridos os deveres processuais e atento à responsabilidade que lhe é inerente. Assim, incentiva-se a utilização de técnicas processuais que sejam mais compatíveis com o caso concreto e mais próximas das necessidades sociais, dando maior rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado e eliminando complexidades que em nada contribuem para o alcance da justiça.

parágrafo do art. 151, depois convertido no art. 163)<sup>700</sup>. Posteriormente, após inúmeras emendas na Câmara dos Deputados, a matéria agora está prevista no artigo 139, VI, do Projeto.

Essas modificações esvaziaram o potencial de flexibilização do procedimento, já que, na prática, a alteração da ordem de produção dos meios de prova e a possibilidade de dilação dos prazos processuais já são permitidas pelo CPC em vigor, e efetivamente ocorrem no diaadia forense.

Com efeito, as novas técnicas, baseadas em sólidos estudos e em positivas experiências estrangeiras, objetivaram inserir em nosso direito processual o que havia de mais moderno nos ordenamentos jurídicos mais avançados, possibilitando o caminho para uma necessária evolução do sistema processual brasileiro, visando, acima de tudo, ao aprimoramento da tutela jurisdicional.

Por isso é que esse receio quanto à possibilidade de maior flexibilização dos atos do juiz não se sustenta. Primeiro, porque não há que se falar em discricionariedade dos atos do juiz<sup>701</sup>, eis que sempre estarão vinculados aos preceitos normativos. Segundo, porque a variação procedimental é sempre em favor do jurisdicionado, e não do magistrado. Terceiro,

<sup>699</sup> “A Emenda nº 15 merece acolhimento parcial. Como já registrado, a previsão do art. 107, V, foi um dos pontos mais criticados do projeto, já que, tal como posto, permite ao Juiz alterar, de acordo com seu entendimento, qualquer fase do processo. Segundo a maioria, na prática, isso pode permitir que cada juiz faça o seu ‘Código’, o que pode gerar insegurança jurídica. Por isso, a regra realmente deve ser alterada. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental fica limitada a duas hipóteses: aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.” (Disponível em: <<http://humbertodalla.blogspot.com>>. Acesso em: 30 nov. 2010).

<sup>700</sup> “A Emenda nº 21 merece acolhimento integral. O art. 151, § 1º do PLS nº 166, de 2010, repete, em parecidos termos, o que está previsto no art. 107, V, que, ao seu turno, como dito, foi substancialmente alterado. Realmente, o parágrafo deve ser excluído porque a possibilidade de o juiz alterar qualquer fase do processo pode gerar insegurança jurídica.” (Disponível em: <<http://humbertodalla.blogspot.com>>. Acesso em: 30 nov. 2010).

<sup>701</sup> Nas palavras de Teresa Wambier: “É inevitável estabelecer, a este propósito, uma conexão direta do tema com a questão da teoria política do Estado moderno, baseada fundamentalmente na tripartição dos poderes e no *princípio da legalidade* e na correlata *possibilidade de controle* dos atos do Estado. É relevantíssimo observar-se que ao conceito de *discricionariedade* está intimamente conectada a idéia de *imunidade* ou *impossibilidade de controle*, pelo menos em certa escala. Daí a importância de se afirmar que o Poder Judiciário *não tem discricionariedade* quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Também não a tem quando se trata de verificar quais fatos ocorreram e como ocorreram, analisando o conjunto probatório. E tampouco na atividade preliminar, relativa à formação deste quadro. Isso implicaria, de certo modo, em que essas decisões ficassem *fora do controle das partes*. Impossível conclusão diferente. Qual seria, senão este, o sentido funcional do conceito de *discricionariedade*? Exatamente o de gerar essa margem de *liberdade* dentro da qual o juiz estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Os agravos no CPC brasileiro*, cit., p. 371-372). Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva: “O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricionariedade dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 5, p. 76-97, mar./abr. 2005). No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 150.

porque qualquer adaptação dos preceitos legais requer o necessário diálogo e cooperação das partes. Quarto, porque quanto mais poderes são atribuídos ao juiz, mais sujeito a responsabilização pelos seus atos ele estará, seja por sua conduta abusiva, seja por sua conduta omissiva, e sempre será possível o controle judicial – e às vezes até mesmo administrativo – das posturas abusivas do juiz. E quinto, porque a rigidez processual não é garantia de passividade do juiz, podendo, por vezes, representar um efetivo descompromisso com as finalidades do processo e com os objetos das partes.<sup>702</sup>

Não obstante, verifica-se que os juízes brasileiros não utilizam sua efetiva potencialidade legal a justificar qualquer temor ao cometimento de arbítrios. Aliás, se assim não fosse, o novo CPC estaria caminhando em sentido inverso e não estimulando uma mudança comportamental ainda não experimentada em sua plenitude.

Identificada a questão dessa forma, voltemos às técnicas processuais. Elas são instrumentos colocados à disposição dos sujeitos processuais, visando a otimizar a relação jurídica processual e dar mais eficiência e rendimento ao processo. Por outro lado, a previsão na lei desses mecanismos confere a segurança jurídica necessária para os campos endo e extraprocessuais.

Nesse passo, por qualquer ângulo que se veja, não procede a resistência quanto à incidência de possibilidade de adaptação do procedimento pelos sujeitos processuais, até porque não cabe ao juiz decidir sozinho a trajetória do processo, devendo antes dialogar com as partes.<sup>703</sup>

---

<sup>702</sup> “Enfim, o juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a *ordem pública processual*, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irredutível. Convenções sobre o procedimento, dentro desses limites, devem ser acolhidas e respeitadas pelo juiz. Entretanto, o legislador brasileiro nem sempre é fiel a esses critérios, atendo-se muitas vezes a uma rigidez procedimental incompatível com o respeito às garantias fundamentais do processo e totalmente distanciada do respeito devido à ordem pública processual. Cito como exemplo o disposto no art. 182 do Código de Processo Civil, que proíbe às partes, mesmo de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. Ora, a redução do prazo recursal de sentenças de partilha em inventários é prática usual, vedada por esse dispositivo. E por que não poderiam as partes prorrogar esse ou qualquer outro prazo processual, desde que o fizessem moderadamente, sem que isso implicasse em excessivo retardamento do desfecho do processo e, portanto, em comprometimento com a celeridade? Não ultrapassados esses limites e não comprometida a adequada cognição da causa pelo juiz, parece-me perfeitamente aceitável a regulação convencional do procedimento. Assim, por exemplo, se, mesmo não sendo evidente a complexidade da causa, ambas as partes decidirem optar por memoriais escritos em lugar das alegações finais orais, o juiz deve deferir-las (CPC. Art. 454, § 3º).” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 1, v. 1, p. 25-26, out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014).

<sup>703</sup> “A cooperação e o diálogo humano, que devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo, exige o mútuo reconhecimento das disposições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismo, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da consequente solução mais adequada possível da causa.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio

Portanto, em maior ou menor escala, caminha-se para uma maior flexibilização dos atos processuais, como forma de se alcançar uma prestação jurisdicional mais condizente com o caso concretamente apresentado, permitindo a adequação das técnicas processuais, em prol da efetividade.

## 6 ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

O controle da regularidade no processo civil também ocorre no direito estrangeiro, em maior ou menor abrangência do que o direito brasileiro. Assim, serão analisados adiante os principais sistemas jurídicos e suas peculiaridades no assunto, sem pretensão de exaurir as particularidades existentes, mas apenas de demonstrar de forma sucinta as características mais marcantes e as diferenças em relação ao nosso direito processual, para que se tenha uma noção comparativa de seu funcionamento.

Inicialmente, registre-se que a expressão “ordem pública” sofre algumas variações no exterior. Os alemães dizem que a ordem pública funciona como *Vorbehaltsslausel* ou cláusula de reserva; os italianos a definem como *valvola di sicurezza* ou *ordine pubblico*; os autores norte-americanos denominam de *public policy*; os franceses de *ordre public*; e os espanhóis de *orden publico*.<sup>704</sup>

Por sua vez, a expressão “ordem pública” não é tão popular para designar o controle judicial sobre a regularidade do processo, sendo que as questões de interesse público são normalmente identificadas como as que são cognoscíveis de ofício pelo juiz, ou seja, são atreladas ao regime jurídico, e não ao conteúdo.

Portanto, serão abordados alguns aspectos relevantes do direito estrangeiro, no que tange às tendências e às técnicas de gerenciamento da ordem processual, limitando-se aos sistemas: italiano, alemão, francês, espanhol, português e inglês.

### 6.1 Sistema italiano

O processo civil na Itália é conhecido pelos seus traços garantistas,<sup>705</sup> traduzido na expressão “*giusto processo*”.

O controle da regularidade do direito italiano funciona de forma muito semelhante ao nosso. Aliás, a sistematização da trilogia da cognição judicial – pressupostos processuais, condições da ação e mérito – é de origem italiana.

Assim, as matérias sujeitas à cognição do juiz<sup>706</sup> são distribuídas em três patamares sucessivos, que se dividem em duas categorias: preliminares e mérito.<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> CALIXTO, Negi, *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*, cit., p. 12-13.

<sup>705</sup> CAPONI, Remo; DALFINO, Domenico; PISANI, Andrea Proto. *In difesa delle norme processuali*. A cura de Giuliano Scarselli. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 1-41. (Quaderni de il Giusto Processo Civile, 4).

Não obstante na Itália o processo de cognição objetiva ser concluído com uma pronúncia de mérito<sup>708</sup>, trata-se, na verdade, de um princípio e de um direito que decorre do próprio direito de ação<sup>709</sup>. Porém, a análise dos requisitos processuais também se mostra presente e imprescindível para o desenvolvimento do processo.

Não há no direito italiano a espécie “questões de ordem pública”, mas apenas as do gênero questões cognoscíveis de ofício<sup>710</sup> de natureza material ou processual.<sup>711</sup>

As condições da ação são tratadas como requisitos intrínsecos do processo e que devem existir antes da propositura da demanda<sup>712</sup>, tendo como espécies o interesse de agir e a legitimidade<sup>713</sup> para agir. Os juristas italianos distinguem o mérito em sentido amplo e em sentido estrito, sendo aquele referente às condições da ação, ou seja, condições de admissibilidade da pronúncia sobre o mérito, mas cujo pronunciamento é suscetível de adquirir a autoridade de coisa julgada material.

Já os pressupostos de validade ou de funcionalidade do processo são os requisitos necessários para se alcançar a pronúncia do mérito.

Ademais, a premissa do sistema processual italiano é salvar os atos defeituosos<sup>714</sup>, adotando assim o princípio da instrumentalidade das formas.<sup>715</sup>

O processo civil italiano sofreu importante reforma legislativa<sup>716</sup> em 18 de junho de 2009, quando foi editada a Lei n. 69/2009, que fez diversas alterações no *Codice di Procedura Civile*, buscando a efetividade e melhora na qualidade e no funcionamento da justiça.

<sup>706</sup> Sobre os poderes do juiz na Itália, ver: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*, cit., v. 1, p. 404-405.

<sup>707</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95.

<sup>708</sup> PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile: nuova ristampa della 5. ed. con appendici di aggiornamento fino al d. lgs 1 settembre 2011 n. 150 e due capitoli sostitutivi*. Napoli: Jovene, 2012. p. 213.

<sup>709</sup> MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Curso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. 11. ed. Torino: G. Giappichelli. 2013. v. 1. p. 44-46.

<sup>710</sup> Sobre as dificuldades interpretativas e práticas do dever do juiz de indicar às partes as questões cognoscíveis de ofício, ver: TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.

<sup>711</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 108.

<sup>712</sup> Sobre o assunto: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 7. ed., a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè, 2007. p. 144-150.

<sup>713</sup> Entendendo que a substituição processual não se confunde com o instituto da representação, ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3, p. 253.

<sup>714</sup> Atribuindo efeito *ex tunc* da decisão que reconhece de ofício uma nulidade, ver: REDENTI, Enrico. *Atti processuali: diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1959. p. 126-127.

<sup>715</sup> PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 216.

<sup>716</sup> Abordando as principais reformas no sistema processual italiano, ver: CARPI, Federico, *Quelques remarques sur les reformes du procès civil en Italie*. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 301-310.



Com isso, alguns institutos foram remodelados, com o aperfeiçoamento de relevantes técnicas processuais.<sup>717</sup>

A nova lei criou o instituto do *defeito de jurisdição*<sup>718</sup>. No ordenamento italiano, devido à existência de jurisdições especiais e do contencioso administrativo, o vício de jurisdição enseja um defeito de jurisdição, e não a incompetência do juízo.<sup>719</sup>

Assim, diante dessa pluralidade de jurisdições, uma vez apresentada uma causa a um juiz que não possui poder jurisdicional para conhecer, processar e julgar a demanda, deve o magistrado declarar a carência de jurisdição e indicar o juízo correto, determinando a transferência do feito, na forma do artigo 382 do CPC italiano.

Na verdade, pela nova sistemática, a parte deve ajuizar outra demanda perante o juízo indicado, no prazo de três meses, sob pena de extinção do feito e de não ser dada a continuidade dos efeitos materiais e processuais já produzidos perante o juízo defeituoso de jurisdição. Em outros termos, foi introduzido a *translatio iudicii* em matéria de jurisdição, como no caso da incompetência, permitindo a continuação do processo perante o juízo novo, sanando-se, assim, o vício em relação ao órgão anterior. Ressalte-se que, em relação às jurisdições nacionais, trata-se de relativo e não absoluto, ao contrário do que ocorre no caso de jurisdição internacional. Ressalte-se, por fim, que a investidura do órgão jurisdicional é tida como pressuposto processual de existência, mas que admite o saneamento.

Por sua vez, também houve alterações no tema da competência. O legislador modificou o sistema da exceção de incompetência, de modo que agora o réu deverá questionar o critério de escolha do autor na *comparsa di risposta* (art. 167), que pode ser relacionado à matéria, valor ou território. O juiz também pode conhecer de ofício a incompetência, até a audiência prevista no artigo 183, por meio de uma *ordinanza* (art. 134) e não mais por sentença.<sup>720</sup>

Sobre o tema da representação técnica, de acordo com o artigo 182 do CPC italiano, o defeito de representação – do mesmo modo que o relativo à capacidade de estar em juízo por

---

<sup>717</sup> Abordando detalhadamente as diversas alterações legislativas, ver: BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana: sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25-70.

<sup>718</sup> Sobre os diversos aspectos no novo instituto, ver: RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*: Legge 18 giugno 2009, n. 69. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 3-10.

<sup>719</sup> Sobre alguns aspectos do defeito de jurisdição e da competência, ver: GIOIA, Valerio de. *Diritto processuale civile*: aggiornato a la legge di riforma n. 69 del 18 giugno 2009. Forlì: Experta, 2009. p. 14-23.

<sup>720</sup> Acerca do tratamento judicial da competência, ver: LUGO, Andrea. *Manuale di dirittoprocedurale civile*. Diciottesima edizione aggiornata a la legge n. 10 del 2012. A cura di Cláudio de Angelis. Milano: Giuffrè, 2012. p. 94-97.

vício na autorização, assistência ou representação – pode ser sanado, devendo o juiz assinalar prazo para a correção do ato e, em sendo atendido, os efeitos substanciais e processuais da demanda serão mantidos.

Além disso, o artigo 101 do CPC previu expressamente a necessidade de as questões cognoscíveis de ofício<sup>721</sup> se submeterem ao contraditório<sup>722</sup>, no prazo estipulado pelo juiz, sob pena de nulidade. Com efeito, o artigo 183, parágrafo 4, já determinava ao juiz que indicasse às partes as questões que poderiam ser conhecidas de ofício<sup>723</sup>, uma vez que a decisão de *terza via*, ou seja, de surpresa já era repudiada pela jurisprudência e pela doutrina.<sup>724</sup>

Por sua vez, o artigo 132 do CPC italiano foi modificado, para que na sentença houvesse a exposição concisa das razões de fato e de direito decididas, simplificando, assim, a sua motivação.<sup>725</sup>

Não obstante, o artigo 153 do CPC italiano possibilitou a ocorrência da devolução dos prazos processuais (*rimesione in termini*) toda vez que a decadência se der por causas não imputáveis à parte, sendo que essa autorização legislativa decorre do princípio da adequação do procedimento.

Ademais, foi instituído o calendário do processo. Trata-se de técnica inspirada no contrato de procedimento do direito francês, em que o juiz, junto com as partes<sup>726</sup>, após a fixação dos pontos controvertidos e definição dos meios de prova pedidos pelas partes, fixa o

---

<sup>721</sup> O sistema italiano designa como momento limite para que o juiz conheça de uma questão de ofício a primeira audiência, nos termos do artigo 38 do CPC, e ainda estabelece a necessidade de contraditório. Ver: GRASSELLI, Giorgio; MASONI, Roberto; MARTINO, Maria. *Il nuovo processo civile*. Milanofiori Assago: UTET Giuridica, 2010. p. 270-272.

<sup>722</sup> Conferindo ao contraditório o tratamento de pressuposto processual, ver: FORNACIARI, Michele. *Pressuposti processuali e giudizio di merito: l'ordine di esame delle questioni nel processo*. Torino: G. Giappichelli, 1996. p. 206-211.

<sup>723</sup> Fazendo críticas às razões normalmente adotadas para autorizar os poderes de ofício do juiz no processo, ver: SCARSELLI, Giuliano. Poteri del giudice e diritti delle parti. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 11-41. (Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

<sup>724</sup> Asseverando que o processo jurisdicional é essencialmente participativo: CAPPELLETTI, Mauro. Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale. In: GIUDIZIO “a quo” e promovimento del processo costituzionale: atti del Seminario svoltosi in Roma nei giorni 13 e 14 novembre 1989. Milano: Giuffrè, 1990. p. p. 42.

<sup>725</sup> TARUFFO, Michele. *Il processo civile riformato*. Torino: Zanichelli, 2010. p. 380-386.

<sup>726</sup> Remo Caponi analisa a mutação genética que vem acontecendo no direito processual, para permitir que haja maior ingerência das partes no procedimento, afastando-se a antiga dicotomia entre o direito público e o direito privado (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 145-159. Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

calendário do processo, de acordo com a urgência e a complexidade da causa, estabelecendo antecipadamente uma previsão de duração do processo.<sup>727</sup>

O artigo 81-*bis* prevê o instituto como forma de estabelecer uma previsão temporal para o procedimento. Contudo, o calendário do processo é um instrumento de organização do tempo do processo e não se presta a acelerar o procedimento, embora essa gestão conjunta dos sujeitos processuais possibilite a cooperação ativa dos envolvidos.<sup>728</sup>

O termo final do calendário pode ser prorrogado, em caso de grave motivo superveniente, inclusive de ofício, devendo o juiz comunicar tempestivamente as razões do não cumprimento do prazo previsto.

No âmbito recursal foram criados outros filtros de acesso à Corte de Cassação. Desse modo, além dos filtros já previstos em lei, a modificação legislativa de 2009, no novo artigo 360-*bis*, incluiu mais duas situações ao juízo de admissibilidade recursal: 1) quando o provimento impugnado constituir decisão sobre questão de direito conforme jurisprudência da Corte e no exame dos motivos não há elementos para confirmar ou mudar a orientação da mesma; 2) quando for manifestamente infundada a crítica relativa à violação dos princípios regulatórios do justo processo.<sup>729</sup>

Ressalte-se que a doutrina italiana vem criticando esses novos requisitos recursais, com relação à redação, necessidade e dificuldade interpretativa, especialmente em relação ao último.<sup>730</sup>

Por fim, em relação à mediação em causas cíveis e comerciais, houve recente reforma legislativa instituindo a mediação prévia obrigatória, ou seja, obrigando as partes a tentarem uma composição amigável antes de judicializar a controvérsia. Trata-se, pois, de novo requisito de admissibilidade da demanda para determinadas causas.<sup>731</sup>

<sup>727</sup> Abordando o assunto da razoável duração do processo na Itália, ver: BIAVATI, Paolo. Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 66, n. 2, p. 475-490, giugno 2012. E ainda: BOVE, Mauro. *Il principio della ragione vole durata del processo nell giurisprudenza nella Corte di Cassazione*. Napoli; Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 2010.

<sup>728</sup> PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, ano 64, n. 6, p. 1.652, nov./dic. 2009.

<sup>729</sup> Acerca dos novos filtros recursais na Itália, ver: FORNACIARI, Michele. L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c.p.c. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 67, n. 2, p. 645-675, giugno 2013.

<sup>730</sup> Sobre as dificuldades interpretativas do filtro recursal baseado na violação dos princípios regulatórios do justo processo, ver: DIANA, Antonio Gerardo. *I provvedimenti del giudice civile: sentenze, ordinanze, decreti, sequestri, istruzione preventiva, provvedimenti d'urgenza, impugnazioni, tecniche di redazione della sentenza, dialogo processuale con il giudice: aggiornato alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*. Padova: CEDAM, 2009. p. 531-544.

<sup>731</sup> Acerca da evolução da mediação e o conseqüente desenvolvimento de uma nova cultura na Itália, ver: DE CRISTOFARO, Marco; TROCKER, Nicolò. *Civil justice in Italy*. Tokuo: Jigakusha, 2010. p. 14-16. (Nagoya University Comparative Study of Civil Justice, 8).

A questão vinha sendo discutida desde a legislação anterior, de 2010, derrubada pelo Tribunal Constitucional, em razão de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa de lei. Além da divergência quanto à obrigatoriedade da mediação prévia, também havia grande resistência por parte da advocacia italiana, que temia perder espaço de trabalho, eis que tanto a legislação anterior quanto o projeto de lei previam a mediação extrajudicial sem a participação de um defensor.

Contudo, em 2013 foi aprovada e entrou em vigor a nova lei instituindo não só a mediação prévia obrigatória, mas prevendo também a participação de advogado no procedimento, acabando, assim, com as oposições existentes.

## 6.2 Sistema espanhol

O sistema processual espanhol<sup>732</sup> pertence à família da *civil law* e possui uma grande quantidade de Justiças cíveis e tribunais, cada qual para tratar de um determinado assunto.

Um de seus principais problemas é a excessiva duração do processo. Também há um número insuficiente de juízes, além da falta de recursos materiais e pessoais.<sup>733</sup>

Entretanto, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 presenteou a Espanha com um código processual completamente renovado nos princípios inspiradores e nos instrumentos operativos, superando os atrasos da legislação anterior.<sup>734</sup>

Com a nova lei, o processo passou a ser regulado a partir da perspectiva do cidadão<sup>735</sup>. Por sua vez, a autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo deram um suporte garantístico na atual teoria dos direitos fundamentais, e o julgador não pode fundamentar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, nem ignorar os que tiverem sido por elas admitidos.<sup>736</sup>

<sup>732</sup> Sobre a evolução do processo civil espanhol, ver: RAMOS MÉNDEZ, Francisco. La conception du procès civil hors de France: Le cas espagnol. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 311-327.

<sup>733</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Civil justice in Spain: present and future: access, cost, and duration. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 395-397.

<sup>734</sup> TROCKER, Nicolò, Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, cit., p. 173.

<sup>735</sup> MONTERO AROCA, Juan. Prólogo. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 16.

<sup>736</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefácio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 34.

Com efeito, grande controvérsia se formou em relação aos poderes do juiz. A doutrina liberal é contra, argumentando que o incremento dos poderes do magistrado é fruto de uma visão autoritária do processo e de um sentimento de desconfiança por parte do advogado, além de comprometer a imparcialidade do julgador e as garantias do contraditório e da ampla defesa, já que a parte, ao invés de se defender do adversário, passa a se defender do próprio juiz.<sup>737</sup>

Contudo, a reação dos publicistas veio encabeçada por Giovanni Verde, Picó y Junoy e Barbosa Moreira. Para eles, a tese liberal é rebatida com os seguintes argumentos: a) o Estado deve fornecer aos juízes os poderes e meios necessários para se atingir a justiça; b) o desenvolvimento do processo pertence ao Estado, e não aos litigantes; c) deve haver ponderação entre a eficácia do processo e o garantismo; d) o princípio dispositivo não se confunde com os poderes do juiz; e) os governos autoritários não fortalecem os poderes do juiz<sup>738</sup>; f) tanto a omissão quanto a iniciativa judicial podem ser prejudiciais à imparcialidade; g) o contraditório entre as partes sem nenhuma intervenção do juiz, além de não ser suficiente, às vezes provoca até distorção.

Picó y Junoy reconhece que a doutrina espanhola possui grande resistência quanto à iniciativa probatória do juiz, mas, em nome de uma efetiva tutela judicial, discorda desse posicionamento, especialmente quando analisa o novo processo civil espanhol, especialmente o artigo 429.1.II, possuindo, assim, entendimento divergente da maioria da doutrina.<sup>739</sup>

---

<sup>737</sup> MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 181.

<sup>738</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 199-214.

<sup>739</sup> “*Nuestra Constitución, en su art. 24, recoge el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales determinará el derecho. Por ello, si el objetivo de todo proceso es que los jueces y magistrados apliquen la ley a unos concretos hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia. En conclusión, atendiendo a las citadas previsiones constitucionales, debe efectuarse una lectura de la nueva LEC que otorgue a los jueces y magistrados los mecanismos adecuados para poder impartir una más justa tutela de los derechos e intereses en conflicto: desde estas premisas, una eventual insuficiencia probatoria, sino que establece también la posibilidad de ‘señalar’ – que no advertir – la prueba cuya práctica considere necesaria.[...]. Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria ex officio iudicis no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el art. 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.*” (PICÓ I JUNOY, Juan, Los principios del nuevo proceso civil español, Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, v. 103, p. 75, jul./set. 2001).

De qualquer modo, o direito espanhol, defensor do liberalismo, considera que a jurisdição se presta a tutelar o direito privado que nasce da lesão, que é o único elemento essencial do processo. Salvatore Satta, inclusive, desde 1936 já considerava deturpadas as ideias de Chiovenda— que ensejaram a onda de publicização—, seguidas por Carnelutti, o que, inclusive, segundo relatos, teria abalado a amizade entre Satta e Carnelutti.<sup>740</sup>

Ressalte-se que o Tribunal Constitucional espanhol estabelece que o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas é um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental”<sup>741</sup>. Verifica-se, pois, que, contrariamente ao que prega a lei e a doutrina majoritária, a jurisprudência parece estar se encaminhando em permitir algum avanço na atuação judicial.

De outra banda, na Espanha a noção clássica da ordem pública era de um limite à autonomia da vontade, tendo, pois, uma concepção negativa e legalista. Porém, essa ideia está sujeita a revisão. Separam-se, pois, os conceitos de lei imperativa e ordem pública, já que nem todos os preceitos imperativos têm o caráter de ordem pública.<sup>742</sup>

O processo civil espanhol reformado pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000<sup>743</sup> também prevê um controle judicial dos requisitos processuais. Assim é que questões processuais, como a falta de jurisdição, ausência de competência objetiva e funcional, capacidade de ser parte, capacidade processual e custas podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer momento.

O réu se defende por meio de contestação ou reconvenção, podendo alegar a presença de irregularidades processuais.<sup>744</sup>

Registre-se que a Lei prevê em seu artigo 247 a necessidade de as partes atuarem com boa-fé processual, sob pena de aplicação de multa para o caso de descumprimento.<sup>745</sup>

O juiz deve obedecer a uma ordem de enfrentamento das questões processuais, nos termos do artigo 417 da Lei.

---

<sup>740</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

<sup>741</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, cit., *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 113, p. 17, jan./fev. 2004.

<sup>742</sup> DORAL GARCÍA, José Antonio. *La noción de orden público em el derecho civil español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1967. p. 27-29.

<sup>743</sup> A lei está disponível em: <[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/11-2000.11t1.html#11](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.11t1.html#11)>. Acesso em: 21 fev. 2014.

<sup>744</sup> Sobre as formas de defesa do demandado na Espanha, ver: ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007. p. 307-330.

No sistema de nulidades processuais há previsão de “nulidade de pleno direito”, no caso de falta de requisitos indispensáveis ao desenvolvimento do processo ou defeitos de forma dos atos processuais, sendo que as hipóteses exemplificativas estão previstas no artigo 225.

O tribunal pode declarar de ofício ou a requerimento a nulidade de atos, com prévia oitiva das partes, sempre que não houver chance de se sanar o vício (art. 227).

Por sua vez, de acordo com o artigo 237, se o processo ficar parado por dois anos em razão de inércia da parte interessada, haverá a chamada caducidade de instância, cabendo recurso de revisão.

No âmbito recursal não se pode decretar de ofício a nulidade, a não ser em razão de falta de jurisdição, competência objetiva ou funcional, e também nos casos de ato praticado com violência ou intimidação, além de nulidades ocorridas no próprio tribunal.

O sistema espanhol ainda prevê a possibilidade de conservação dos atos processuais (art. 230) e de saneamento dos atos das partes (art. 234).

No que tange aos recursos, a Lei prevê sete espécies distintas, de acordo com o objeto e a natureza do provimento judicial, todos estabelecendo requisitos quanto ao prazo, forma e admissibilidade, conforme os artigos 452 a 494 da Lei espanhola.

Na Espanha, a conciliação extrajudicial é incentivada, mas há possibilidade de realização de uma conciliação judicial, na qual o autor pede ao juiz que convide a parte adversa a comparecer a uma sessão para tentar o acordo, sendo que ela não é obrigada a comparecer.<sup>746</sup>

Por fim, a arbitragem nacional e a internacional se incluem nas formas não judiciais de resolução de conflitos.<sup>747</sup>

### 6.3 Sistema francês

---

<sup>745</sup> Acerca do abuso dos direitos processuais na Espanha, ver: RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Abuso de derecho en el proceso?* In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1-6.

<sup>746</sup> Sobre os requisitos e controle da transação judicial na Espanha, ver: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMÉZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional: proceso civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1993. v. 2, p. 343-349. E ainda: ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 464-468.

<sup>747</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Civil justice in Spain: present and future: access, cost, and duration*, in *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, cit., p. 401-403.

O processo civil francês teve como base o Código napoleônico de 1806, que subsistiu até o século XX, quando então, em 1976, entrou em vigor o *Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC)*, em vigor até os dias atuais.

Na França, do mesmo modo que em outros ordenamentos jurídicos, a preocupação contemporânea está em enfrentar a inflação contenciosa, simplificando e ao mesmo tempo tentando acelerar o procedimento, dotando o juiz de maior poder de controle do desenvolvimento do litígio.<sup>748</sup>

Assim é que em 1998 foi feita uma reforma na justiça civil, por meio do Dec. 98-1.231, que inseriu novidades, entre as quais pode-se citar o favorecimento a solução consensual do litígio, a possibilidade de conversão da tutela de urgência (*ordonnance de référé*) em julgamento de mérito, o aumento dos poderes do juiz para decidir questões processuais, e ainda aperfeiçoou o campo probatório.<sup>749</sup>

Já no século XXI houve nova alteração legislativa, tendo sido instituída pela Lei 2002-1.138 a *jurisdiction de proximité*, em que juízes nomeados por um prazo de sete anos passaram a atuar monocraticamente em causa cíveis e criminais, de pequeno valor ou complexidade, utilizando a informalidade como estratégia para uma maior aproximação entre a Justiça e os jurisdicionados.<sup>750</sup>

Posteriormente, algumas modificações também ocorreram por meio do Decreto 2005-1678, como a ampliação dos poderes do juiz<sup>751</sup> para fixar, juntamente com os advogados, um calendário para o procedimento a ser observado até o julgamento da causa, podendo também homologar acordo a requerimento das partes. Além disso, o juiz passou a ter que fazer um relatório oral em audiência com as principais questões do processo, para ajudar o debate da decisão colegiada.

A nova lei ainda simplificou os meios de comunicação processual, como a citação e a intimação, instituindo regras de comunicação pela via eletrônica. Por sua vez, não houve a supressão do efeito suspensivo da apelação, mas procurou incentivar o cumprimento da

---

<sup>748</sup> “Ao longo deste meio século, o processo civil francês foi consideravelmente renovado, por força de uma reforma global que entrou em vigor em 1981. Essa reforma caracterizou-se antes de tudo pela notável ampliação dos poderes do juiz, à luz da idéia diretriz, de origem alemã, segundo a qual, se as partes têm o ônus de alegar os fatos, em compensação o juiz tem a missão de dizer o direito.” (PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, v. 91, p. 207, jul./set., 2000).

<sup>749</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 150, p. 62-63, ago. 2007.

<sup>750</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês, cit., p. 64.

<sup>751</sup> Sobre as múltiplas facetas dos poderes do juiz na França, ver: GUINCHARD, Serge. *Justices et droit du procès: du légalisme procedural à l’humanisme processual*. Paris: Dalloz, 2010. p. 810-820.



obrigação pelo vencido, estabelecendo dispositivo que autoriza o cancelamento do processo da pauta de julgamento, caso a sentença não seja cumprida.<sup>752</sup>

O sistema francês passou a adotar um processo mais fluido e elástico, capaz de se modelar para atender às particularidades da causa, tendo como protagonista o juiz<sup>753</sup>. Destarte, a gestão judicial do processo civil contemporâneo tem duas características marcantes: a adaptação do procedimento ao litígio e a introdução de meios modernos e econômicos para as comunicações.<sup>754</sup>

Em contrapartida, iniciou-se no direito francês um movimento, traduzido na necessidade da existência de um modelo jurídico negocial, ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado.<sup>755</sup>

Como consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regramento dos litigantes, tema aparentemente paradoxal com o processo, que é um desacordo. Essa novidade representa um projeto de democratização da justiça, uma vez que harmoniza o princípio da cooperação dos juízes e das partes com o princípio do contraditório, princípios que direcionam o processo civil francês, mediante técnicas contratuais.<sup>756</sup>

Na França, a tendência é criar vários procedimentos especiais e especializar também os tribunais<sup>757</sup> e juízes<sup>758</sup>. Além do procedimento ordinário, no sistema também há dois procedimentos específicos que contêm um ou mais elementos do procedimento contencioso. Trata-se dos procedimentos chamados de *référé* e *ex parte*.

O *référé* é uma ordem, geralmente baseada em uma urgência ou em um sério obstáculo ao alcance do mérito, estabelecendo uma obrigação de fazer, uma proibição ou uma suspensão de cunho conservatório, mas que não interfere no julgamento final do juiz. Já o *ex parte* é

<sup>752</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês, cit., p. 64-65.

<sup>753</sup> TROCKER, Nicolò, Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, cit., p. 178.

<sup>754</sup> FERRAND, Frédérique, La conception du procès civil hors de France, in *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, cit., p. 292-296.

<sup>755</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, v. 160, p. 63-64, jun. 2008.

<sup>756</sup> CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, v. 160, p. 71, jun. 2008.

<sup>757</sup> Sobre a especialização das justiças na França, ver: CADIET, Loïc. Civil justice reform: access, cost, and delay. the french perspective. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 291-297.

<sup>758</sup> ZUCKERMAN, Adrian A. S. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 22.

usado quando a corte puder ser persuadida de que há boas razões para uma decisão antes de estabelecido o contraditório, garantindo a efetividade da medida.<sup>759</sup>

No processo civil, a ordem pública atua como forma de gerenciamento e de controle, em particular, de ofício pelo juiz.<sup>760</sup>

Não obstante, no ordenamento francês também se fala em regras de ordem pública no processo civil, como sendo aquelas que o juiz tem obrigação de conhecer de ofício. Por essa razão o juiz se torna responsável pelo controle das exceções aos princípios de ordem pública, tanto em primeiro grau de jurisdição, quanto pelos que exercem poder de cassação. Trata-se de uma obrigação de fazer do magistrado, um princípio de ação e um limite que do qual o juiz não pode se furtar, fundado em um verdadeiro poder de polícia jurídico.

Com efeito, a ordem pública, manifestada na expressão “matérias de ordem pública”, corresponde à garantia de um mínimo de ordem jurídica. Está relacionada aos vícios de procedimento previstos no *Code de Procédure Civile (CPC)*, tendo ela tem um efeito imperativo, mas não automático.

Desse modo, uma norma de ordem pública pode não conter uma matéria de ordem pública e nem proteger a ordem pública substancial, que se baseia nos componentes de ordem pública que garantem a harmonia social, e não a paz social. Porém, o juiz atua usando as regras de ordem pública para também salvaguardar a paz social<sup>761</sup>, pois as regras de “ordem pública processual” protegem a dignidade da justiça.

<sup>759</sup> CADIET, Loïc, Civil justice reform: access, cost, and delay. the french perspective, in *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, cit., p. 301-303.

<sup>760</sup> VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L'ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 183-184.

<sup>761</sup> “*L'étude de l'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel fait surgir avec acuité l'importance des pouvoirs de ce juge (dont il use, avec beaucoup de modération). La notion d'ordre public ne pouvant qu'être approchée, c'est le Conseil constitutionnel qui en trace le contenu (actuellement restreint pour l'essentiel à la sécurité), au fur et à mesure qu'une exigence sociale e fondamentale mérite d'être protégée; le juge peut ainsi tout à loisir largir, incorporer et reconstruire certains 'pans' de La Constitution, qui jouent en l'espèce un rôle de limitation des droits et libertés. De façon corollaire, toutes les normes – notamment constitutionnelles – appliquées par le Conseil ne semblent pouvoir être lues et interprétées esquivant autant que l'ordre public n'est pas invoqué par le juge pour y déroger; tout e norme, tout droit constitutionnel, tout e idée de liberté, ne semble pas pouvoir existertel(le) quel(le) hors de cette limite intrinsèque et potentielle que constitue l'ordre public. A l'impossible définition, le Conseil constitutionnel a joute de la sorte l'origine mystérieuse e de l'ordre public qui relativise pourtant toutes les normes, quelle que soit leur valeur. Mais surtout, l'ordre public prend toute sa dimension par le rôle d'habilitation que le Conseil constitutionnel lui fait jouer. Celui-ci a ainsi permis au législateur de recouvrer certaines compétences qui pouvaient paraître compromises depuis 1958; seule la loi est habilitée à définir, dans certain es circonstances, l'étendu e des restrictions à apporter aux libertés. Par ailleurs, et en contrepartie, le Conseil constitutionnel a imposé au législateur de respecter une conciliation équilibrée (mais pas toujours identique) entre l'ordre public et les libertés; cette norme constitutionnelle de conciliation, dégagée par le juge qui en a également fixé les contours et les conditions de respect, témoigne elle aussi de la création jurisprudentielle du Conseil, en marge de la Constitution écrite là encore. Trente cinq ans a prèssa création, adulte, le Conseil constitutionnel démontre, à travers l'obscurité et la nécessité conjuguées d'une notion comme l'ordre public, qu'un texte – la Constitution – ne peut être conçu hors de son interprétation juridictionnelle; cette jurisprudence prouve également qu'aujourd'hui, le Conseil finit par définir lui-même, presque souverainement, le contenu es les*”

Além disso, o direito a um tribunal independente e imparcial é considerado um direito fundamental no sistema francês, atendendo-se ao artigo 6, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos.<sup>762</sup>

Tem-se ainda que a disponibilidade das questões na jurisdição civil – princípio dispositivo – limita a atuação do juiz quanto à modificação do litígio ou do pedido, ou a alterar uma qualificação errada, podendo apenas adaptar o direito às circunstâncias de fato relatadas pelas partes, ressalvando, como exceção, as matérias de ordem pública, como as relativas ao estado de pessoa ou à seguridade social.<sup>763</sup>

Registre-se que a ordem pública no processo penal toca mais aos fundamentos do Estado. Já no processo civil, varia entre a ordem pública processual (regras processuais de ordem pública) e as matérias alinhadas ao regime de questões cognoscíveis de ofício. Por sua vez, o direito administrativo transita entre o processo civil e o penal. Como exemplo, a violação do princípio do contraditório no processo civil é matéria de ordem pública, mas não em demanda administrativa, apesar de ter a sua importância. Isso gera controvérsias na doutrina e enseja soluções jurisprudenciais geralmente desprovidas de justificação e coerência. Contudo, os juízes devem respeitar habitualmente os princípios gerais do direito para fazer triunfar o espírito do sistema jurídico.<sup>764</sup>

Na França, onde a ação<sup>765</sup> é considerada instituto do direito processual, mas distinta do processo, as condições de sua existência são o interesse – jurídico e atual – de agir e a legitimidade para agir ou se defender<sup>766</sup>. São condições de existência da ação, sendo que, em caso de ausência dessas qualidades, o processo é extinto. Ressalte-se que a lei considera essas condições passíveis de reconhecimento de ofício pelo magistrado (art. 125, do *NCPC*).

Quanto aos requisitos processuais<sup>767</sup> de validade do ato, pode-se citar a capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória (art. 117, do *NCPC*), situações que, em caso de irregularidade, declara-se a nulidade com a consequente extinção da demanda, sem a análise

*limites de son contrôle. Affirmer que ce juge dispose presque de la compétence de sa compétence ne sera it sans doute pas excessif.*” (VIMBERT, Christophe. *L’ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel. Revue du Droit Public et de la Science Politique En France et a l’Etranger*, n. 3, p. 744, mai./juin. 1994).

<sup>762</sup> GUINCHARD, Serge. *Droit et pratique de la procédure civile*. Paris: Dalloz, 2006. p. 447-474.

<sup>763</sup> VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L’ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 182.

<sup>764</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>765</sup> Abordando o tema da ação de suas condições, ver: CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 6. éd. Paris: Lexis Nexis, 2009. p. 211-322.

<sup>766</sup> GUINCHARD, Serge, *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., p. 3-22.

<sup>767</sup> Sobre as sanções por irregularidades de forma, ver: VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 27. éd. Paris: Dalloz, 2003. p. 602-618.

do mérito<sup>768</sup>. Ressalte-se que, em relação à capacidade de estar em juízo, a lei francesa prevê a possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz (art. 120, do *NPCP*).

O artigo 122 do *Nouveau Code de Procédure Civile* relaciona as hipóteses em que o juiz pode conhecer de ofício e extinguir o feito sem a resolução do mérito. Já o artigo 126 do *Nouveau Code de Procédure Civile* prevê a possibilidade de regularização de alguns vícios processuais.

No que tange às regras de competência, constituem matéria de ordem pública no direito administrativo e no processo penal. Já no processo civil (arts. 92 e 93 do *CPC*), é complexo de nuances. As regras de competência de atribuição não podem ser conhecidas de ofício pelo juiz de primeiro grau se não forem suscitadas pela defesa, porque a competência de atribuição, na jurisdição civil, não representa necessariamente uma das figuras de ordem do Estado. A hipótese do feito deve demonstrar um interesse superior para a boa administração da justiça e é atacada pela regra da causa. Por sua vez, as regras de competência de atribuição, que são consideradas de ordem pública na primeira instância, não são protegidas pelo juiz de apelação e nem pelo de cassação, se não se referirem à competência da Justiça francesa ou à distribuição das ordens de jurisdição (civil, penal, administrativa). Ressalte-se que a violação da competência exclusiva de uma jurisdição de primeiro grau não pode ser conhecida de ofício pelo juiz.<sup>769</sup>

Quanto às regras de competência territorial, elas são tidas como normas de proteção, de modo que não são sempre cognoscíveis de ofício. Mesmo se a regra de competência for considerada de ordem pública, o juiz não está obrigado a conhecer de ofício. Essa derrogação do princípio geral, porém, não se justifica, pois o juiz deveria poder proteger esse meio de ordem pública. Em compensação, a parte pode ingressar com a exceção de incompetência liminarmente, não podendo alegar em recurso a abstenção dos juízes de primeiro grau.<sup>770</sup>

O sistema processual francês prevê a possibilidade de o réu apresentar exceções processuais de incompetência, de litispendência ou conexão, dilatórias e de nulidade<sup>771</sup>. Essas exceções dependem da demonstração do prejuízo (art. 119, do *NCPC*), ressalvados os casos considerados de ordem pública que admitem o conhecimento de ofício pelo juiz, como pode ocorrer nas hipóteses contidas nas exceções de nulidade (art. 120, do *NCPC*). Por sua vez, a nulidade não será pronunciada se a causa já estiver pronta para julgamento (art. 121, do *NCPC*).

---

<sup>768</sup> GUINCHARD, Serge, *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., p. 23-27.

<sup>769</sup> VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L'ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 176-178.

<sup>770</sup> *Ibidem*, p. 176-178.

Outra questão ligada à regularidade e ao desenvolvimento do processo, e considerada de ordem pública, é a violação ao princípio do contraditório<sup>772</sup>. As garantias processuais ainda incluem a equidade, a publicidade e a celeridade do processo.

Quanto à aplicação da ordem pública em questão de direito, adota-se o princípio da não retroatividade.<sup>773</sup>

Ademais, os meios alternativos de solução de conflitos também são incentivados na França, especialmente em razão do congestionamento judicial, porque são meios mais rápidos, menos desgastantes e mais informais, embora deva haver o respeito às garantias mínimas do procedimento, podendo sofrer o controle judicial.<sup>774</sup>

Ressalte-se que na última reforma legislativa também houve importante alteração em matéria de conciliação, autorizando-se o juiz a designar informalmente um conciliador do juízo para tentar a solução amigável do conflito entre as partes, atribuição essa que antes pertencia ao próprio julgador.<sup>775</sup>

Por fim, registre-se que o direito processual francês também é muito influenciado pelas diretrizes da União Europeia e pela jurisprudência proveniente de sua Corte, e vem aos poucos de modelando, para acompanhar o aprimoramento processual e a modernização já existente em outros ordenamentos jurídicos pertencentes à comunidade europeia.

#### 6.4 Sistema português

A necessidade de melhorar a qualidade da justiça e conferir celeridade aos julgamentos ensejaram diversas reformas processuais na Europa, inclusive em Portugal. Com isso houve diversas modificações legislativas, com o objetivo de equilibrar a modernização e o aumento da eficácia, com a segurança jurídica das relações jurídicas.<sup>776</sup>

Assim é que, em 16.10.2006, foi instituído o chamado *regime processual civil experimental*, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilidade do processo, mitigando-se o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Trata-se do estabelecimento de um processo comum regulado por lei especial.

---

<sup>771</sup> GUINCHARD, Serge, *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., p. 426-432.

<sup>772</sup> VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline, *L'ordre public: étude de droit comparé interne*, cit., p. 178-179.

<sup>773</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>774</sup> CADIET, Loïc, Civil justice reform: access, cost, and delay. the french perspective, in *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*, cit., p. 318-324.

<sup>775</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês, cit., p. 63.

<sup>776</sup> FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 170.

Cabe registrar que com esse fenômeno a legislação processual portuguesa implementou um regime processual civil mais simples e flexível, visando a privilegiar a participação dos sujeitos do processo, estimulando o contraditório.

Suas características marcantes são a cooperação<sup>777</sup> e a atribuição de poderes efetivos ao juiz, que assume a direção do processo, aplicando ao caso concreto a regra mais racional.

Por sua vez, essas regras são aplicadas somente em tribunais de elevada movimentação processual e serão avaliadas pelo Ministério da Justiça, sendo que, inicialmente, as normas estavam previstas para serem revistas ao final do prazo de dois anos (n. 2 do art. 20 do Dec.-Lei n. 108/2006), mas tal dispositivo foi revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei n. 187/2008.

A lição que se extrai do sistema lusitano é a de que o direito processual, pautado em certos costumes enraizados no sistema romano-germânico, não estava mais funcionando a contento, gerando a necessidade de mudanças capazes de efetivamente atender aos consumidores da justiça.<sup>778</sup>

Contudo, a doutrina<sup>779</sup> indica que apesar dos dois esforços legislativos supracitados, observa-se dos anos já percorridos que, na prática, não houve significativos avanços ou vantagens processuais, já que faltou uma efetiva adesão dos operadores do direito.

Destarte, os destinatários da norma não souberam ou não quiseram colocá-la em funcionamento, seja por ainda não terem despertado para uma nova perspectiva processual, seja por estarem presos aos paradigmas precedentes da concepção liberal do processo.

Nesse passo, a iniciativa legislativa não surtiu o esperado efeito nos sujeitos processuais, o que comprometeu ou inviabilizou a adoção de uma postura diferente dentro do processo, para possibilitar consequentes benefícios e resultados para a eficiência da justiça. Em resumo, as inovações processuais não foram acompanhadas do que os portugueses chamam de *reforma de mentalidade*.

---

<sup>777</sup> “O art. 266 do CPC de Portugal é aquele que melhor dispõe sobre os deveres de cooperação, destacando que todos devem concorrer para a justa composição do litígio. Em seguida, expressa o dever de esclarecimento e menciona, no art. 266-B, deveres de urbanidade e correção recíprocos entre os sujeitos do processo.” (CABRAL, Antonio do Passo, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais, cit., p. 252).

<sup>778</sup> “O modelo autoritário do processo, calcado no individualismo, cedeu espaço ao espírito humilde e construtivista, sob a participação de todos os sujeitos atuantes, em prol da efetiva realização do direito material. A antiga tendência, consubstanciada no paradigma liberal do processo, de situar as partes como as figuras centrais da demanda, relegando o juiz a um personagem passivo e desinteressado, não mais sobrevive na dinâmica da realidade da moderna processualística lusitana.” (PINTO, Junior Alexandre Moréia, *O regime processual experimental português*, cit., p. 172).

<sup>779</sup> MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 277-290.

No que tange ao juízo de admissibilidade, no direito português, apenas a legitimidade e o interesse de agir são considerados requisitos necessários ao regular desenvolvimento do processo, cuja ausência impede o juiz de conhecer o mérito da causa. Pertencem à categoria dos pressupostos processuais relativos às partes e são considerados vícios insanáveis.<sup>780</sup>

A legitimidade está prevista no artigo 26º 1 do CPC, que se refere ao autor e também ao réu<sup>781</sup>. Antes da nova redação dada pelo artigo 26º 3 do CPC de 1995, a doutrina e a jurisprudência se dividiam sobre a natureza jurídica da questão da legitimidade, ou seja, se era meritória ou processual.

No entanto, após a referida previsão legal, adotou-se a teoria de que a legitimidade das partes deve ser aferida a partir da titularidade da relação controvertida descrita pelo autor na petição inicial.<sup>782</sup>

Com relação ao interesse de agir, ele se refere à indispensabilidade de o autor se valer da via judicial para a satisfação de sua pretensão, seja porque não dispõe de meios extrajudiciais, seja porque todos já foram esgotados. Não há referência legislativa expressa sobre o interesse de agir como pressuposto processual, mas essa qualificação se justifica, para afastar as ações inúteis.

Os pressupostos processuais são basicamente a aptidão da petição inicial, inexistência de litispendência e coisa julgada. Por sua vez, os vícios processuais podem ser sanáveis ou insanáveis. São considerados insanáveis a falta de personalidade judiciária, a ilegitimidade, o interesse de agir, a inaptidão da petição inicial, litispendência e coisa julgada. São vícios sanáveis a falta de capacidade judiciária e o patrocínio judiciário obrigatório.<sup>783</sup>

Ademais, os pressupostos processuais sanáveis podem ser supridos, sob pena de ocorrer a “absolvição da instância”. Entretanto, a segunda parte do n. 3 do artigo 288º do CPC ressalva que se o requisito processual objetivar tutelar o interesse de uma das partes, o eventual vício poderá ser superado com o julgamento do mérito.<sup>784</sup>

---

<sup>780</sup> *Ibidem*, p. 117-118.

<sup>781</sup> “Concretizando, poderemos dizer que o autor é parte legítima sempre que a procedência da acção (previsivelmente) lhe venha a conferir (para si e não para outrem) uma vantagem ou utilidade, e o réu é parte legítima sempre que se vislumbre que tal procedência lhe venha a causar (para si e não para outrem, também) uma desvantagem.” (MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, *op. cit.*, p. 75-76).

<sup>782</sup> MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, *op. cit.*, p. 75-78.

<sup>783</sup> MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, *O novo processo civil*, cit., p. 108-124.

<sup>784</sup> “O ideal seria que o ordenamento jurídico brasileiro prevísse expressamente – como fez o Código de Processo Civil português – a possibilidade de julgamento de mérito ainda que subsistente alguma questão preliminar, desde que o resultado seja favorável à parte prejudicada no processo. Prestigia-se o escopo do processo com a desconsideração de irregularidades que, por não causarem prejuízo, tornam-se irrelevantes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 169).

Interessante ressaltar ainda que as alíneas “b”, “c” e “e” do n. 2 do artigo 449º do CPC estabelecem situações em que o interesse de agir é considerado inexistente por imposição legal, de modo que se o autor demandar naquelas hipóteses, o feito só prosseguirá se o réu contestar, impugnando as obrigações pretendidas.<sup>785</sup>

No âmbito dos tribunais, também existem requisitos a serem observados, especialmente os relacionados à competência.

Por fim, no sistema português existem três princípios fundamentais e estruturantes, o contraditório, a igualdade entre as partes e a cooperação.<sup>786</sup>

## 6.5 Sistema alemão

O Código de Processo Civil alemão, conhecido como ZPO, e em vigor desde 1879, embora de alta qualidade técnica e sobrevivente de várias mutações sociais, políticas e econômicas, seguindo a tendência de outros sistemas jurídicos<sup>787</sup>, efetuou relevante reforma processual em 2002, introduzindo modificações na gestão da lide civil, para assegurar uma justiça mais acessível.<sup>788</sup>

Para tanto, tem adotado um sistema processual mais flexível<sup>789</sup>, com capacidade de adaptação às características singulares da causa<sup>790</sup>, atualizando suas regras sobre a forma dos atos jurídicos, para acompanhar o progresso tecnológico, prestigiando o primeiro grau de jurisdição e revisando o sistema recursal.

Entre os princípios gerais do processo civil na Alemanha<sup>791</sup> estão o da demanda, o dispositivo, o dever de o tribunal promover o esclarecimento das partes, o princípio da

<sup>785</sup> MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo, op. cit., p. 86-88.

<sup>786</sup> PINTO, Junior Alexandre Moréia, O regime processual experimental português, cit., p. 171.

<sup>787</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: em enfoque comparativo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39-54.

<sup>788</sup> Comentando sobre os direitos fundamentais na Alemanha, ver: FERRAND, Frédérique. I diritti fondamentali e il processo civile in Francia. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 53-93. E ainda: WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 95-118.

<sup>789</sup> CAPONI, Remo. Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in lingua italiana della ZPO). *Il giusto processo civile*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, v. 6, n. 1, p. 71-81, 2011.

<sup>790</sup> TROCKER, Nicolò, Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007, cit., p. 174-179.

<sup>791</sup> Sobre a comparação entre a aplicação dos princípios e garantias processuais na Alemanha e na Itália, ver: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.



oralidade, publicidade, imediatismo, o princípio que favorece a concentração dos procedimentos, o da livre valoração das provas e o do constitucional direito de ser ouvido.<sup>792</sup>

A reforma fortaleceu o impulso formal e material do processo, dando mais protagonismo de direção ao juiz<sup>793</sup>. Além disso, passou a permitir um sistema de juiz unipessoal, em oposição ao colegiado, objetivando agilizar o trâmite da primeira instância, concentrando a colegialidade apenas para casos especiais.<sup>794</sup>

A Alemanha sempre primou pelo prévio conhecimento das partes sobre os aspectos fáticos e de direito relevantes para o julgador, de modo que pudessem cooperar com provas e discussões para o desfecho da lide. Com a nova redação do § 139 da ZPO, esse dever do magistrado de esclarecer antecipadamente às partes sobre os pontos importantes do processo foi reforçado, vedando decisões surpresa<sup>795</sup>. Registre-se que a lei não estabeleceu as sanções processuais ao juiz correspondente à violação desse dever, o que foi alvo de críticas pela doutrina.<sup>796</sup>

A categoria dos requisitos processuais é classificada de acordo com sua importância, controle judicial e efeitos. Há requisitos que não entram tecnicamente na categoria de admissibilidade e nem na de mérito, e que dependem da invocação oportuna da parte, consistindo em obstáculo para o normal prosseguimento do processo.

No direito alemão, os pressupostos processuais<sup>797</sup> são mais abrangentes e incluem o que chamamos de condições da ação<sup>798</sup>. Além disso, o tratamento dos pressupostos

<sup>792</sup> MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2004. p. 183-190.

<sup>793</sup> Acerca do grande poder discricionário conferido ao juiz alemão, ver: SAENGER, Ingo. Case management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Ed.). *Litigation in England and Germany: legal professional services, key features and funding*. Bielefeld: Giesecking, 2010. p. 37.

<sup>794</sup> Para mais detalhes sobre o assunto, ver: PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 740-744.

<sup>795</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201-202. Em outra fonte: Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, v. 111, jul./set., 2003, p. 103-112.

<sup>796</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos, in *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, cit., p. 735.

<sup>797</sup> Sobre o tratamento dos pressupostos processuais na Alemanha, ver: PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D. ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y funcionabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 20, p. 183-208, jun. 2010.

<sup>798</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-84.

processuais distingue os requisitos em que o interesse público admite o controle de ofício pelo juiz e aqueles que dependem exclusivamente de invocação da parte interessada.<sup>799</sup>

Ressalte-se que a doutrina alemã não distingue as condições da ação dos pressupostos processuais, por não considerar a ação um instituto autônomo do direito processual, ou seja, distinto do processo. Por sua vez, ao contrário do direito brasileiro, não há preocupação com a ordem de enfrentamento das questões relativas aos pressupostos processuais e dos fundamentos de direito material, sendo que ambos formam em conjunto uma única classe e servem de forma indiferente para afastar a pretensão deduzida.<sup>800</sup>

As categorias da validade, existência e eficácia não se assimilam nas consequências, embora possam ter alguns pontos em comum, quais sejam o objetivo, causal ou subjetivo. A sentença processual de inadmissibilidade tem efeitos vinculantes e a parte não pode interpor nova demanda sem sanar os defeitos que ensejaram a extinção.<sup>801</sup>

No sistema recursal também houve algumas alterações. Em relação ao juízo de admissibilidade, foram estabelecidos dois requisitos obrigatórios, que servem para aplicação e interpretação de direito de mérito ou de forma: a) quando a questão de direito está revestida de um “significado fundamental”; e, b) quando a questão puder contribuir para a formação ou evolução do direito, à sua segurança ou à unificação da jurisprudência. O juízo de admissibilidade da apelação (*Berufung*) é feito pelo juízo *a quo*, obrigando e vinculando o juízo *ad quem*, nos termos do § 511, 4ª parte, do ZPO.<sup>802</sup>

Importante providência para o fortalecimento do primeiro grau de jurisdição foi a modificação na disciplina da apelação, no tocante à vedação de inclusão de fatos novos no âmbito recursal, cuja função é precipuamente de controle e correção de erros. Por sua vez, o § 526, 1ª alínea, da ZPO permitiu em certas hipóteses o julgamento de recurso por decisão monocrática.

Outra diretriz relevante é a que estabelece o julgamento do mérito recursal, dificultado a possibilidade de devolução dos autos ao juízo originário, a não ser nas exceções previstas no § 538, 2ª alínea, e desde que haja requerimento da parte. No recurso da *Revision*, que trata exclusivamente de questões de direito, excluiu-se o requisito de admissibilidade atinente ao

---

<sup>799</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y funcionabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea, cit., p. 196-197

<sup>800</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Sobre pressupostos processuais, in *Temas de direito processual*: quarta série, cit., p. 90.

<sup>801</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y funcionabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea, cit., p. 208.

<sup>802</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primeira instancia y recursos, in *Estudios de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, cit., p. 744-749.

valor, mas a possibilidade de sua interposição agora fica subordinada à permissão do órgão recorrido, podendo ter como objeto uma sentença ou um pronunciamento judicial de outro tipo.<sup>803</sup>

Ademais, a reforma de 2002 introduziu no § 321, “a”, um remédio de impugnação por violação do direito de ser ouvido, que possibilita, à parte que se sinta prejudicada em relação ao referido direito por uma decisão judicial, interpor esse remédio extraordinário. Tal possibilidade se aplica no primeiro grau de jurisdição e também no segundo.<sup>804</sup>

Por fim, a reforma alemã ainda procurou estimular a conciliação como forma de resolução do litígio, instituindo uma instância conciliatória obrigatória<sup>805</sup>. De acordo com o § 278, o tribunal deve proporcionar o comparecimento pessoal das partes em juízo para mediar um acordo, sendo que, após ouvi-las, o tribunal poderá propor uma mediação extrajudicial, com a suspensão do processo, ou então, se a tentativa de conciliação tiver êxito, o feito é extinto por transação.<sup>806</sup>

## 6.6 Sistema inglês

Na Inglaterra<sup>807</sup>, após pesquisa elaborada pelo magistrado Lord Woolf<sup>808</sup> sobre a situação da Justiça civil inglesa<sup>809</sup>, em que se constatou uma série de deficiências (custo-entidão-complexidade), houve a elaboração, no ano de 1999, de um código de processo civil denominado *Rules of Civil Procedure*, que substituiu a fragmentária disciplina existente.

<sup>803</sup> Abordando essas e outras reformas recursais, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, in *Temas de direito processual*: oitava série, cit., p. 205-208.

<sup>804</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primeira instancia y recursos, in *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, cit., p. 739.

<sup>805</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., op. cit. supra, p. 737-738.

<sup>806</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão, in *Temas de direito processual*: oitava série, cit., p. 203.

<sup>807</sup> Sobre as principais convergências e divergências existentes entre o sistema inglês e o americano, ver: JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000. p. 11-54.

<sup>808</sup> Sobre as particularidades e críticas ao Relatório Woolf, responsável pela importante reforma no processo civil inglês, ver: DEHN, Conrad. The Woolf Report: against the public interest? In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Eds.). *Reform of civil procedure: essays on “Access to justice”*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 149-167. E ainda: ANDREWS, Neil. The adversarial principle, fairness and efficiency: reflections on the recommendations of the Woolf Report. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Eds.). *Reform of civil procedure: essays on “access to justice”*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 169-185.

<sup>809</sup> Analisando a convergência entre a *civil law* e a *common law*, ver: ANDREWS, Neil. English civil justice in the age of convergence. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 97-110.

O objetivo prioritário das CPR é alcançar um processo justo, por meio de inúmeras garantias processuais<sup>810</sup>. Trata-se de uma importante transformação legislativa, que procurou utilizar linguagem uniforme e simples.

Destarte, com o advento da nova legislação, formou-se um corpo de regras novas, que redesenhou com profundidade a fisionomia do mecanismo processual tradicionalmente configurado, redefinindo seus objetivos e valores.<sup>811</sup>

Interessante ressaltar que o novo sistema legislativo estabelece as chamadas “diretivas de prática”, que são declarações oficiais sobre instrução interpretativa, complementando e detalhando a CRP. Essas diretivas informam às partes e seus representantes sobre o que o juiz espera em relação aos documentos e ao comportamento em juízo, prevendo ainda as expectativas que os sujeitos processuais podem ter em relação ao magistrado.<sup>812</sup>

Por sua vez, com a promulgação das *Rules of Civil Procedure*, também houve significativa mudança na postura do juiz, antes habituado a agir e a falar pouco. A atual tendência é a de que o magistrado inglês tenha maior contato com o processo, inclusive na produção de prova.<sup>813</sup>

Portanto, a diretriz para a solução dos problemas detectados é o abrandamento dos excessos do *adversary system*. Incrementaram-se os poderes do juiz na direção formal do processo.

Para tanto, inúmeros poderes foram outorgados ao juiz inglês<sup>814</sup>. São poderes de gestão, alguns nomeados de *case management*<sup>815</sup>, que autorizam o juiz a regular a direção do

---

<sup>810</sup> Sobre os direitos fundamentais na Inglaterra, ver: ZUCKERMAN, Adrian A. S. L'influenza della Convenzione Europea dei Diritti Dell'uomo sul Processo Civile Inglese. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 119-138.

<sup>811</sup> TROCKER, Nicolò, Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*, cit., p. 173.

<sup>812</sup> SLAPPER, Gary; KEELY, David. *O sistema jurídico inglês*. Tradução de Marcílio Moreira de Castro; revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Jr. e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 311.

<sup>813</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, cit., p. 55.

<sup>814</sup> A regra 1.4.2 da *Civil Procedure Rules* (CPR) está implementado a postura ativa do juiz inglês na condução do processo civil, em 12 itens a saber: “*Court’s duty to manage cases 1.4 (1) The court must furthertheoverridingobjectivebyactivelymanaging cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved; (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court; (k) making use of*

litígio e a conduzir o processo de forma a se alcançar a justiça substancial, conforme os objetivos estabelecidos<sup>816</sup>. Importante registrar que os magistrados passam por intenso treinamento para atuarem no processo.

O controle de processos pelo Judiciário é monitorado diariamente por um sistema informatizado, sendo que o juiz revisa cada etapa do procedimento.

---

*technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently*". Não bastasse, a regra 3.1 do CPR ainda especifica outras situações autorizadas do poder de gestão do magistrado britânico, nos seguintes termos: "*The court's general powers of management 3.1. (1) The list of powers in this rule is in addition to any powers given to the court by any other rule or practice direction or by any other enactment or any powers it may otherwise have. (2) Except where these Rules provide otherwise, the court may – (a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired); (b) adjourn or bring forward a hearing; (c) require a party or a party's legal representative to attend the court; (d) hold a hearing and receive evidence by telephone or by using any other method of direct oral communication; (e) direct that part of any proceedings (such as a counterclaim) be dealt with as separate proceedings; (f) stay the whole or part of any proceedings or judgment either generally or until a specified date or event; (g) consolidate proceedings; (h) try two or more claims on the same occasion; (i) direct a separate trial of any issue; (j) decide the order in which issues are to be tried; (k) exclude an issue from consideration; (l) dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue; (ll) order any party to file and serve an estimate of costs; (m) take any other step or make any other order for the purpose of managing the case and furthering the overriding objective. (3) When the court makes an order, it may – (a) make it subject to conditions, including a condition to pay a sum of money into court; and (b) specify the consequence of failure to comply with the order or a condition. (4) Where the court gives directions it will take into account whether or not a party has complied with the Practice Direction (Pre-Action Conduct) and any relevant pre-action protocol. (5) The court may order a party to pay a sum of money into court if that party has, without good reason, failed to comply with a rule, practice direction or a relevant pre-action protocol. (6) When exercising its power under paragraph (5) the court must have regard to – (a) the amount in dispute; and (b) the costs which the parties have incurred or which they may incur. (6A) Where a party pays money into court following an order under paragraph (3) or (5), the money shall be security for any sum payable by that party to any other party in the proceedings. (7) A power of the court under these Rules to make an order includes a power to vary or revoke the order.*"

<sup>815</sup> Sobre o uso do *case management* na Inglaterra, ver: ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Litigation management under CPR: a poorly-used management infrastructure*. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules ten years on*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009. p. 89-107. E ainda: LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil procedure*. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2004. p. 101-121.

<sup>816</sup> "Logo na regra n. 1.4.2 da *Civil Procedure Rules* (CPR), já são apresentados 12 itens para implementação do *active case management* no processo civil inglês, conferindo-se ao magistrado britânico, pois, papel ativo na condução do processo. Desde já se adiante que em linhas gerais o *case management* inglês é semelhante ao norte-americano. Ambos operam na outorga de poderes de direção ao juiz para o alcance de um processo justo, rápido e econômico, bem como incentivam o uso dos meios alternativos de solução de controvérsias. A partir da reforma operada no sistema processual civil inglês, a diferença entre ambos os modelos é a fonte normativa: o *case management* norte-americano, conforme veremos adiante, está fundado em disposições não legais editadas por um centro de acompanhamento do funcionamento das cortes federais (o *Federal Judicial Center*), enquanto o *case management* inglês tem incidência por força de disposição legal cogente (*as Civil Procedure Rules*). [...] Para entoar o escopo geral das CPR de permitir às cortes tratar dos casos individualmente e de forma justa (R.1.1.1), são estabelecidas diretrizes gerenciais para todos os julgadores: (a) identificar as questões envolvidas nos casos; (b) resolver as questões simples rapidamente, e estabelecer parâmetros para a resolução das demais questões; (c) estabelecer cronogramas das providências que serão adotadas no procedimento, *inclusive determinando a ordem em que os atos serão praticados e os seus prazos*; e (d) controlar o volume de provas, limitando-as ao necessário." (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, cit., p. 113-114).

Dessa forma, o magistrado deve administrar ativamente o processo, decidindo a ordem em que as questões serão resolvidas e primando por uma instrução rápida e eficiente, sendo que também tem poderes para impor e extinguir sanções.

A legislação inglesa prevê os protocolos pré-processuais que objetivam: atentar às partes sobre as vantagens de resolver os conflitos sem ação judicial; permitir que as partes tenham informações para auxiliar a celebrar uma transação adequada; e se não houver uma transação pré-processual, preparar o terreno para um procedimento judicial célere.<sup>817</sup>

As demandas são iniciadas por meio de formulário e pelo preenchimento de um questionário de distribuição, para simplificar e acelerar o procedimento. Após a defesa do réu, será definido o rito apropriado (pequenas causas, sumário ou múltiplo).

Em caso de erro de procedimento ou descumprimento de regra ou diretiva prática, o juiz tem flexibilidade<sup>818</sup> para invalidar o processo ou então determinar a correção do erro.<sup>819</sup>

Assim, as partes dispõem menos sobre o ritmo do processo, mas são incentivadas a cooperarem entre si na sua condução.

Em relação à instrução do processo<sup>820</sup>, o novo código não chega a conceder ao magistrado o poder de determinar de ofício a realização de provas, mas lhe outorga “amplas faculdades de controle da atividade probatória”.<sup>821</sup>

Por sua vez, o magistrado, analisando o estado do processo, poderá proferir três espécies de julgamento.<sup>822</sup>

Se o réu for citado e não apresentar resposta, o juiz poderá dar uma solução sumária ao conflito, denominada *default judgment*<sup>823</sup>, julgando o mérito com base nas alegações e provas apresentadas pelo autor.<sup>824</sup>

<sup>817</sup> SLAPPER, Gary; KEELY, David, *O sistema jurídico inglês*, cit., p. 311.

<sup>818</sup> Acerca do poder de adaptação do procedimento pelo juiz, ver: ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil procedure*. London: Lexis Nexis, 2003. p. 36-38.

<sup>819</sup> SLAPPER, Gary; KEELY, David, op. cit., p. 309.

<sup>820</sup> Relatando os poderes instrutórios postos à disposição do magistrado inglês, ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*, cit., p. 58.

<sup>821</sup> Sobre o assunto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, v. 99, p. 74-83, jul./set. 2000. Ainda sobre o tema, ver: ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>822</sup> Sobre as causas extintivas do processo inglês, ver: LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen, *Civil procedure*, cit., p. 331-344.

<sup>823</sup> Abordando o assunto, ver: O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil litigation*. 13th ed. London: Sweet and Maxwell, 2007. p. 244-256.

<sup>824</sup> Ainda sobre o tema, ver: ANDREWS, Neil. *English civil procedure: fundamental of the new civil justice system*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 493-504.

O juiz ainda pode rejeitar a pretensão ou a defesa em fase precoce do procedimento, pelo instituto do *striking out*, nas hipóteses previstas na regra 3.4 das CPR. Essa forma de provimento ocorre geralmente quando as alegações do autor ou do réu forem manifestamente infundadas, quando não houver chance de sucesso a justificar a postergação da solução judicial, ou então quando houver o grave descumprimento de ordem judicial ou de disposição legal.

Há também uma terceira forma de julgamento, chamada *summary judgment*, previsto na parte 24 das CPR, em que, verificada a inexistência de fundamentos sólidos para o prosseguimento do processo, o juiz profere uma decisão de mérito sobre a controvérsia, lastreado nos elementos de prova já produzido pelas partes.<sup>825</sup>

Ademais, no sistema inglês existem dois tipos de provimentos judiciais, sendo um do *common law* para os casos de indenização e o outro equitativo, de acordo com o prudente arbítrio do juiz.<sup>826</sup>

Em relação às custas judiciais, elas são fixadas em várias fases do processo, levando-se em consideração a quantidade de atos judiciais praticados.

Também houve o aperfeiçoamento do funcionamento dos tribunais. Em regra, não há direito automático ao recurso no sistema inglês, a não ser nos casos especificados pela lei.

As partes geralmente precisam de permissão para recorrer, sendo que essa autorização só ocorre quando o juiz verificar a real chance de procedência ou diante de outro motivo conveniente para o julgamento do recurso. Assim, o recurso será admitido quando a decisão de instância inferior estiver errada, injusta, ou eivada de irregularidade processual grave.<sup>827</sup>

Registre-se, ainda, que o uso dos meios alternativos de solução de conflitos também foi recomendado pelo Relatório Woolf, para que os litígios fossem tratados fora do sistema judicial, aliviando o congestionamento excessivo causador da demora dos julgamentos.<sup>828</sup>

Ressalte-se, por fim, que com a promulgação da Lei de Direitos Humanos de 1998, houve a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao direito inglês.<sup>829</sup>

---

<sup>825</sup> Sobre esses julgamentos, ver: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 7, p. 287-335, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>826</sup> SLAPPER, Gary; KEELY, David, *O sistema jurídico inglês*, cit., p. 346-347.

<sup>827</sup> *Ibidem*, p. 329-331.

<sup>828</sup> MICHALIK, Paul. Justice in crisis: England and Wales. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 162-164.

<sup>829</sup> SLAPPER, Gary; KEELY, David, op. cit., p. 585.

## 6.7 A ordem pública transnacional

A ordem pública<sup>830</sup> também pode ser considerada em um aspecto transnacional.<sup>831</sup>

Em virtude da globalização<sup>832</sup> e de outros fatores jurídicos, econômicos e sociais, tem-se fomentado o direito transnacional, responsável por regular as relações jurídicas entre os diversos Estados, bem como resolver as eventuais controvérsias.<sup>833</sup>

Isso tem feito os ordenamentos jurídicos aproximarem seus conceitos de direito material e processual<sup>834</sup>, visando a facilitar as soluções jurídicas e seus conflitos, de forma que, aos poucos, as particularidades dos sistemas jurídicos vão dando lugar à utilização de regras e princípios<sup>835</sup> que atendam minimamente aos fundamentos dos Estados democráticos, criando uma rede jurídica cada vez mais universal.

Esse fenômeno político e jurídico acaba estabelecendo diretrizes comuns que devem ser adotadas e respeitadas, tanto no âmbito do direito internacional, comunitário, como também no direito interno. Trata-se de solução que influencia os contornos materiais e processuais da ordem pública, flexibilizando ou enrijecendo alguns conceitos até então solidificados nos variados ordenamentos jurídicos.

Desse modo, no direito processual já se observam tendências ao reconhecimento de garantias como a efetividade<sup>836</sup>, razoável duração do processo, publicidade, existência de um

---

<sup>830</sup> “Lorsqu’ils définissent l’ordre public abstraitement, les auteurs font appel à certaines notions qui se ressemblent: ‘normes fondamentales’ (J. Dabin), ‘le vouloir vivre collectif’ (M. Carbonnier), le ‘bien commun’ (J.-L. Costa), ‘l’intérêt vital de la société’ (Hémar), ‘une exigence social et fondamentale’ (Louis-Lucas), ou ‘l’intérêt social’ (Doguit). Parallèlement, ils refusent que la ‘volonté particulière’ (J. Dabin) ou ‘certaines initiatives individuelles’ (M. Carbonnier) puissent concurrencer l’ordre public.” (VIMBERT, Christophe. L’ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel. *Revue du Droit Public et de la Science Politique En France et a l’Etranger*, n. 3, p. 704, mai/juin 1994).

<sup>831</sup> Asseverando a importância da jurisprudência como fonte construtiva de uma ordem pública transnacional, ver: ARFAZADEH, Homayoon. *Ordre public et arbitrage international à l’épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 231-245.

<sup>832</sup> Reconhecendo a existência de uma ordem pública global, ver: SYMPOSIUM: comparative visions of global public order (Part1). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 46, n. 2, p. 387-388, 2005.

<sup>833</sup> Sobre a ordem pública transnacional no combate à corrupção, ver: CREMA, Luigi. Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi a la giurisdizione ICSID. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, ano 44, n. 1, p. 111-132, 2008.

<sup>834</sup> Falando do futuro das categorias *common law* e *civil law*, ver: AMRANI-MEKKI, Soraya. The future of the categories, the categories of the futur. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 247-265.

<sup>835</sup> Sobre a harmonização e a convergência dos princípios transnacionais, ver: ANDREWS, Neil, English civil justice in the age of convergence, in *Common law, civil law, and the future of categories*, cit., p. 107-109.

<sup>836</sup> Abordando a efetividade na União Europeia, ver: COMOGLIO, Luigi Paolo. L’effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 227-246. E ainda: TROCKER, Nicolò. Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell’opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia Civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 247-292. Em artigo mais recente: TROCKER, Nicolò. Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione”



tribunal competente, independente e imparcial, bem como o contraditório, formando, assim, a base de um direito processual transnacional.

Essas garantias processuais<sup>837</sup>, sem dúvida, integram a ordem pública transnacional e já se submetem ao controle dos diversos tribunais internacionais, comunitários e internos.

Nesse contexto, o direito comunitário também sofreu evoluções, de acordo com as novas configurações políticas, econômicas e sociais que foram se estabelecendo ao longo do tempo, acompanhando especialmente a trajetória dos direitos fundamentais.

Com efeito, o direito comunitário constitui um sistema jurídico próprio, de caráter supranacional, decorrente de relações jurídicas de integração entre Estados, podendo ser setorial ou então mais abrangente<sup>838</sup>. Nele os Estados membros abdicam de parte da soberania e absorvem de modo imediato as regras, diretrizes e decisões<sup>839</sup>, prevalecendo como princípio estrutural a primazia de sua ordem jurídica à do direito interno, independente da sua fonte.<sup>840</sup>

Destarte, os direitos e liberdades fundamentais na Europa, inicialmente constantes de diversos tratados comunitários setoriais, passaram a exigir uma lei fundamental de cunho constitucional que tratasse exclusivamente do assunto.

Com isso, foi firmado em Roma, em 04.11.1950, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aplicáveis aos países integrantes do Conselho da Europa, que oferecia um modelo aperfeiçoado de garantia efetiva dos direitos humanos na Europa, passando a servir de referência pelos membros e tribunais do direito comunitário. Ademais, a aplicação dessa via de proteção dos direitos e das liberdades é controlada por um órgão jurisdicional, a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Posteriormente, o Tratado da União Europeia de 1977 aderiu expressamente ao Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais,

nell'elaborazione della corte europea dei diritti dell'uomo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giufrè, anno 61, n. 2, p. 439-460, apr./giugno 2007.

<sup>837</sup> Abordando a globalização das categorias processuais e a necessidade de estabelecer valores comuns, ver: TARUFFO, Michele. Some remarks about procedural models. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 627-628.

<sup>838</sup> Sobre o uso da ordem pública como limite de circulação comunitária, ver: MOIZARD, Nicolas. Le principe communautaire de protection nationale renforcéet l'ordre public social français. *Droit Social*, Paris, n. 11, p. 916-927, nov. 1999.

<sup>839</sup> A Diretiva n. 64/221 do direito comunitário estabelece os pressupostos específicos de qualificação de uma medida de ordem pública para impedir ou restringir o exercício de direitos de livre circulação por parte do cidadão de outro Estado membro. São limites materiais à invocação da ordem pública pelas autoridades nacionais, devendo ser respeitado, ainda, o princípio da proporcionalidade das medidas impostas (DUARTE, Maria Luísa. *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 278-307).

<sup>840</sup> PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 48-53.

por meio do Ato Único Europeu<sup>841</sup>, por considerá-lo resultante das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do direito comunitário.<sup>842</sup>

Assim, com a ampliação da competência da União Europeia<sup>843</sup>, houve a necessidade de se ter textos jurídicos que proclamassem o respeito aos direitos fundamentais<sup>844</sup> como princípio básico da União Europeia, o que foi atendido pelo Tratado de Amsterdam de 1997.<sup>845</sup>

Nessa evolução, a ordem pública no direito comunitário – que já não escapava de polêmicas doutrinárias quanto à sua fundamentação jurídica e funcionalidade<sup>846</sup> – foi se moldando aos novos parâmetros metodológicos e interpretativos oriundos da integração europeia, criando-se as bases de um conceito de ordem pública<sup>847</sup> que deve ser unitário e válido não só para a União Europeia, mas para toda a Europa, com fulcro nos princípios estruturantes e normas fundamentais capazes de proteger a ordem jurídica<sup>848</sup>, econômica e social da comunidade.<sup>849</sup>

De qualquer modo, no âmbito comunitário são poucas as normas que tratam da ordem pública<sup>850</sup> e esta não atua como uma cláusula geral de conceito indeterminado, sendo sua aplicação garantida e homogeneizada por algumas diretivas desde 1964, bem como pela jurisprudência, que tem pretendido especificar e aclarar o seu conceito.<sup>851</sup>

<sup>841</sup> Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 12.01.2014.

<sup>842</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 316.

<sup>843</sup> Sobre a noção da ordem pública no aspecto da segurança privada na União Europeia, ver: CARTERET, Mawena. L'effacement de la notion d'ordre public sous l'action de la Communauté Européenne: le cas de la législation belge sur la sécurité privée. *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 84, n. 5, p. 592-612, mai 2004.

<sup>844</sup> Discorrendo sobre a proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica comunitária, ver: DUARTE, Maria Luísa, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, cit., p. 241-272.

<sup>845</sup> Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 12 jan. 2014.

<sup>846</sup> Sobre os diversos âmbitos de aplicabilidade da ordem pública, ver: RINOLDI, Dino. *L'ordine pubblico europeo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005. p. 10-15.

<sup>847</sup> Analisando a dificuldade doutrinária de se estabelecer uma definição de ordem pública em razão da utilização de dogmas artificiais, ver: LEPINEUX, Barbara. *Approche institutionnelle de l'ordre public: les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*. Clermont-Ferrand: Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2007.

<sup>848</sup> Considerando a ordem pública europeia como um instrumento de integração do pluralismo constitucional europeu, ver: ANGELINI, Francesca. *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*. Padova: CEDAM, 2007.

<sup>849</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 317-318.

<sup>850</sup> Abordando a ordem pública comunitária, ver: CLERICI, Roberta. Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma del 1980. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 39, n. 3/4, p. 809-830, luglio/dic. 2003.

<sup>851</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 320-321.

Não obstante, a atuação integrativa do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais tem criado um espaço comum baseado no respeito aos referidos direitos<sup>852</sup>, espaço que vem sendo denominado de ordem pública europeia.<sup>853</sup>

A ordem pública europeia<sup>854</sup> possui significado de espaço de imunidade da pessoa frente a intromissões ilegítimas e deve ser diferenciada da ideia de ordem pública como cláusula restritiva de direitos aplicada pelo direito nacional, já que esta atua como limite e não possui reflexo em um conceito europeu e nem se extrai da CEDH, embora suas circunstâncias justificativas possam ser submetidas ao controle europeu.<sup>855</sup>

No campo processual, o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>856</sup> reconhece expressamente o direito a um processo equitativo<sup>857</sup>, estabelecendo em seu artigo 6º, I<sup>858</sup>, importantes diretrizes que devem ser observadas pelos países membros do Conselho da Europa.<sup>859</sup>

Interessante ressaltar a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.05.2008, que tratou de certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, cujos

<sup>852</sup> Sobre os direitos fundamentais na perspectiva espanhola, ver: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. L'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: la prospettiva spagnola. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 43-52.

<sup>853</sup> “[...] conjunto de direitos e liberdades consagrados na CEDH, que consubstanciam, em virtude do disposto no art. 6º TUE, princípios gerais de direito comunitário e, por isso, no nosso modo de ver, princípios fundamentais da ordem pública internacional comunitária.” (PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, cit., p. 236).

<sup>854</sup> Abordando a construção europeia de uma ordem pública para a proteção dos direitos dos estrangeiros, ver: NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, Emmanuelle. *Ordre public et droit des étrangers en Europe: la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*. Bruxelles: Bruylant, 2006.

<sup>855</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 349-351.

<sup>856</sup> Também falando da harmonização do processo com a União Europeia, ver: DWYER, Déirdre. Categories of English civil procedure. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 587-588.

<sup>857</sup> Falando da integração europeia e seus reflexos processuais na Suécia, ver: ANDERSSON, Torbjörn. Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento Svedese: I multinodi di una sofferta europeizzazione. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 1-42.

<sup>858</sup> “Artigo 6º I. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” (Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em 12 jan. 2014).

<sup>859</sup> Acerca das garantias processuais da União Europeia, ver: CARPI, Federico. Prime considerazioni sulle garanzie processuali della Carta dell'Unione Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 219-226.

efeitos foram rapidamente absorvidos pelos Estados membros, inspirando, inclusive, outros ordenamentos jurídicos.

Ainda sobre a Europa, e no âmbito do direito interno, na Itália a Corte Constitucional elaborou um conceito de ordem pública constitucional, como limite aos direitos em princípio invioláveis, sendo tratado, pois, como um princípio de democracia como procedimento. Essa concepção é controvertida, diante de sua subjetividade e grande amplitude de critérios aplicáveis à ordem pública constitucional.<sup>860</sup>

Por sua vez, nas Américas, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22.11.1969, conhecida como Pacto de São José de Costa Rica, instituiu a Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos, mecanismos concretos de proteção dos direitos humanos no continente, sendo que o artigo 8º, I<sup>861</sup>, prevê as garantias judiciais que devem ser respeitadas pelos Estados membros e controladas pela Corte (CIDH).

Já na América Latina, a instituição do Mercosul, constituído pelo Brasil, Uruguai, Venezuela, Argentina e Paraguai, embora não trate especificamente da ordem pública, tem no direito interno dos seus Estados disposições legislativas sobre o tema, especialmente como forma de limite da autonomia de vontade das partes contratantes.<sup>862</sup>

Denota-se, pois, que alguns conceitos jurídicos, como a ordem pública, estão cada vez mais se universalizando, para possibilitar uma convergência de direitos fundamentais aplicáveis às relações internacionais públicas e privadas, sendo certo que, mais importante do que rotular, seria estabelecer princípios comuns aos ordenamentos jurídicos civilizados.<sup>863-864</sup>

---

<sup>860</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, cit., p. 439.

<sup>861</sup> “Artigo 8º 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (Disponível em: <[http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv\\_idh.pdf](http://aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2014).

<sup>862</sup> “Noutro norte, a ordem pública não encontra definições expressa em qualquer das legislações do Brasil, Uruguai, Argentina e Paraguai. As leis desses países membros do Mercosul limitam-se a afirmar a obrigatoriedade da observância da ordem pública na atuação dos indivíduos e do poder público [...]. Nesse ínterim, ao colacionar e analisar as disposições legais e doutrinárias sobre o assunto, verificou-se que, embora o assunto não seja tratado nas legislações, no âmbito do Direito Interno, todos os países membros do Mercosul recepcionam a Questão da Ordem Pública como limite absoluto à autonomia da vontade das partes contratantes.” (BRASÃO, Fábio Pereira; PAIVA, Heloisa Assis de. *A questão da ordem pública como limite à aplicação da vontade nos contratos internacionais realizados no âmbito do MERCOSUL*. p. 13 e 19. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/3869/2874>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

<sup>863</sup> Um grande avanço seria instituir princípios gerais para serem invocados pela ordem pública internacional comunitária pelas nações civilizadas (PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, cit., p. 261-267).

<sup>864</sup> No mesmo sentido: ENONCHONG, Nelson. Public policy in the conflict of laws: a chinese wall around little England? *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 45. n. 3, p. 634-637, July 1996.

## 7 A ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS

### 7.1 Considerações gerais

A ordem pública também possui relevante papel no âmbito dos tribunais, mas atua de forma diferenciada da do primeiro grau de jurisdição, embora sua função primordial permaneça sendo a de técnica de controle da regularidade do processo civil.

Não obstante, há distinção no modo de enfrentamento das questões de ordem pública no campo dos recursos ordinários, em relação aos recursos excepcionais – especial e extraordinário –, seja em razão da própria função específica de cada um dos tipos de recurso, seja em razão das novas características assumidas pela matéria nos tribunais.

Assim é que, no âmbito dos recursos ordinários, ainda há espaço para o controle dos vícios de forma e de conteúdo do regular desenvolvimento do processo, agora incluindo o ato da sentença. Não bastasse, deve haver um controle dos requisitos de admissibilidade recursal, das questões de fato e de direito supervenientes, além do controle do quórum e da qualidade da composição do colegiado, bem como das normas dos regimentos internos dos tribunais.

Entretanto, em grau de recurso excepcional, as questões relativas à ordem pública processual vão perdendo ainda mais força, de modo a preservar ao máximo a tutela jurisdicional de primeiro grau, reservando as consequências anulatórias ou retrocessivas somente para os casos graves e sem salvação para o processo, especialmente se envolver defeito capaz de causar prejuízo à parte. No campo dos tribunais superiores também haverá o controle da regularidade dos procedimentos estabelecidos nos regimentos internos, de requisitos específicos de admissibilidade e de questões inerentes ao próprio julgamento.

Nesse contexto, enquanto as questões de interesse público concernentes à fase de conhecimento vão sendo superadas ou flexibilizadas, outras situações que dizem respeito à própria fase recursal aparecem justamente para servir de novos filtros à pretensão de desconstituir ou modificar o que já restou devidamente julgado pelos juízes mais próximos dos elementos de provas e dos jurisdicionados.

Deixe-se assente que o propósito desses requisitos recursais é também de evitar e desestimular a interposição de recursos protelatórios ou com poucas chances de reversão da decisão originária, e que visam somente a postergar a satisfação da parte vencedora. Além disso, há obviamente o componente político relativo à necessidade de limitar o conhecimento dos recursos, para não comprometer a estrutura já deficiente dos tribunais.

De qualquer modo, a ordem pública processual ganha nova roupagem em sede dos tribunais e demanda especial atenção dos operadores do direito, principalmente do advogado, que deve estar atento às exigências do sistema recursal.

Com efeito, a atuação da ordem pública processual pode ocorrer em três situações distintas: a) no momento do juízo de admissibilidade dos recursos, ou seja, na verificação da presença dos requisitos recursais; b) quando do efeito translativo, que, por sua vez, está ligado à análise da dimensão vertical do efeito devolutivo da decisão judicial em relação às questões de ordem pública até então identificadas no processo; e, c) na apreciação das questões de ordem pelo tribunal.

Essas três hipóteses de abrangência da ordem pública serão tratadas de acordo com a teoria geral dos recursos cíveis, e não com base nos recursos em espécie, sem prejuízo de algumas abordagens mais específicas, conforme as particularidades demandadas. O objetivo é apenas identificar o funcionamento geral e as formas de alcance da ordem pública nos tribunais, para não comprometer os limites cognitivos do presente estudo.

Não obstante, também serão abordados, no âmbito dos tribunais superiores, alguns aspectos importantes acerca da homologação de sentença estrangeira e da suspensão da segurança.

Portanto, esses são os contornos que se pretende dar a este capítulo, sendo certo que o controle judicial da ordem pública na esfera recursal ganha novo fôlego e um tratamento próprio.

## **7.2 Poderes do juiz no âmbito dos tribunais**

Considerando os três tipos de abordagem acima identificados da ordem pública processual, há necessariamente que se ter atenção aos poderes dos membros do colegiado, em especial os do relator, que é responsável pelo juízo de admissibilidade recursal, pelo primeiro contato com as questões de ordem pública, suscitadas ou verificadas por meio do efeito translativo dos recursos, bem como pela observância do regimento interno do tribunal, quanto ao regular procedimento do julgamento em si.

Assim é que o relator<sup>865</sup>, diante de um recurso, pode adotar as seguintes condutas relativas aos recursos que lhe são submetidos: a) analisar os requisitos de admissibilidade e

---

<sup>865</sup> Interpretando o realce do aumento dos poderes do relator durante o processamento e julgamento dos recursos como uma etapa da técnica de aceleração na prestação jurisdicional de segunda instância, ver: SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 173.

conhecer ou não do recurso; b) conhecer do recurso e monocraticamente julgá-lo; c) conhecer do recurso, relatando e proferindo o seu voto, submetendo-o ao colegiado para julgamento; d) controlar a regularidade do procedimento do recurso antes, durante e depois do julgamento, especialmente se tiver de produzir a ementa do julgado; e) apreciar as questões de ordem apresentadas durante a sessão de julgamento; e, f) julgar as questões de ordem pública e de interesse público inerentes à causa.

Com esse extenso rol de atribuições, o relator se torna um importante controlador da ordem pública processual, de modo que seu papel é fundamental para a eficiência e razoável duração do processo como um todo, sendo, pois, de sua responsabilidade sanear as questões processuais e substanciais que possam surgir na esfera recursal e eliminar os obstáculos formais impertinentes ou excessivos que impedem a entrega definitiva da prestação jurisdicional.

Destarte, observa-se que os estudos em torno dos poderes do juiz são geralmente voltados à atuação dos juízes de primeiro grau, enquanto que as funções dos magistrados hierarquicamente superiores são relevados a segundo plano, embora também exerçam relevantes tarefas no trato de questões eminentemente processuais ou procedimentais, sem contar com a missão de rever a questão meritória propriamente dita.

Nesse passo, grande parte de seus poderes ou não são reconhecidos ou não são aproveitados em benefício do processo e dos jurisdicionados, até mesmo por desconhecimento ou insegurança dos próprios membros do tribunal.

É certo que já ocorreu grande evolução nos últimos anos, seja em razão de reformas legislativas, seja porque a doutrina e os próprios operadores do direito vêm tentando avançar nas técnicas capazes de otimizar as questões recursais, mas ainda há muito o que se construir no âmbito dos tribunais, para se atingir um melhor desempenho dos membros do colegiado e, conseqüentemente, uma maior efetividade.

Por sua vez, o limite de atuação dos membros do colegiado reside no efeito devolutivo do recurso, que é uma extensão do princípio dispositivo, que delimita a cognição e o julgamento do juiz originário.

De qualquer modo, é importante que os juízes dos tribunais tenham posturas ativas em relação à condução do processo, permitindo o maior rendimento possível, evitando, ainda, a devolução do feito para o primeiro grau de jurisdição e retrocessos a fases procedimentais já

superadas, seja em razão do princípio da instrumentalidade das formas, seja em função do exercício dos próprios poderes dos membros do colegiado.<sup>866</sup>

Dessa forma, em termos quantitativos e qualitativos, os poderes dos magistrados que atuam nos tribunais são iguais, mesmo que as questões responsáveis pela ordem pública processual sejam outras, específicas da esfera recursal.

Portanto, os membros dos tribunais devem zelar pelo adequado e proporcional enfrentamento das circunstâncias processuais e formais, a fim de que esse gerenciamento e controle contribuam positivamente para uma solução eficiente e menos traumática possível para os jurisdicionados.

Resta então analisar como funciona a atuação dos magistrados nos tribunais, em relação a cada espécie de manifestação da ordem pública processual no âmbito recursal.

### 7.3 Juízo de admissibilidade dos recursos cíveis

O juízo de admissibilidade dos recursos cíveis está relacionado com o controle da presença de certos requisitos, sem os quais não há como se alcançar o conhecimento do mérito recursal. Trata-se de atividade que pode ser exercida pelo juiz e/ou pelo tribunal, e da qual depende o juízo de mérito do recurso.

Assim, o juízo de admissibilidade dirá se o recurso pode ou não ser conhecido. Se a resposta for positiva, segue-se o juízo de mérito, cujo resultado poderá ser o provimento ou desprovimento do recurso. Trata-se, pois, de ato ordinatório do relator relativo à verificação do cumprimento das exigências legais e colocação do recurso em ordem, no que tange às providências de seu andamento.<sup>867</sup>

Ademais, o controle dos requisitos de admissibilidade também se presta a inibir a interposição desmedida de recursos, além de atuar como forma de sanear os atos recursais e ainda de proteger e valorizar a sentença de primeiro grau.

Em primeiro lugar, chama-se a atenção para as impropriedades terminológicas que envolvem o juízo de admissibilidade, pois afetam os atos processuais subsequentes porque a verificação da presença dos requisitos de admissibilidade legalmente previstos implica no “conhecimento” ou “não conhecimento” do recurso. Assim, o termo “conhecer” é o correto

---

<sup>866</sup> Sobre o ativismo probatório na esfera recursal, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Ativismo judicial probatório no âmbito recursal. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, BA, v. 6, p. 225-261, 2012.

<sup>867</sup> CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos cíveis*: art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10. (Coleção Theotonio Negrão).



para indicar o juízo feito pelo magistrado quanto ao atendimento das exigências legais pelo recorrente.

Entretanto, o que se vê na prática é a utilização corriqueira das expressões “provido” ou “não provido” – que se relacionam com as questões meritórias do recurso –, mesmo que o objeto da decisão seja apenas a apreciação do cumprimento dos requisitos recursais de admissibilidade.

De outra banda, em muitas ocasiões o mérito do recurso é efetivamente julgado e, no entanto, lança-se mão dos termos “conhecer” ou “não conhecer” para concluir o julgamento, o que também não se mostra adequado.<sup>868</sup>

Dessa forma, deve o relator atentar para as terminologias apropriadas para definir o objeto cognitivo da decisão, propiciando uma melhor identificação do conteúdo por parte dos jurisdicionados e contribuindo para o aperfeiçoamento do sistema recursal.

Dito isso, tem-se que, conforme já adiantado, as questões de admissibilidade são prévias e condicionais à análise do mérito.

Quanto à natureza jurídica do juízo de admissibilidade, trata-se de um pronunciamento judicial de cunho declaratório, ou seja, que certifica a presença ou a ausência dos requisitos legais.

No tocante à competência para a realização do juízo de admissibilidade do recurso, ela pode ser una ou bipartida. Explica-se. A lei processual criou três possibilidades distintas de competência recursal, gerando diferentes consequências processuais.

No primeiro caso, o recurso é interposto perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida e julgado por órgão hierarquicamente superior. Aqui o juízo de admissibilidade é realizado pelos dois órgãos, sendo que no primeiro a análise é provisória e não vinculativa em relação ao órgão *ad quem*. É o que ocorre, por exemplo, na apelação, no agravo retido, no recurso especial.

Na segunda hipótese, o recurso é interposto diretamente perante o órgão hierarquicamente superior ao da decisão recorrida, que será o único com competência para realizar o juízo de admissibilidade. Tem-se como exemplo o agravo de instrumento.

Já na terceira situação, o recurso é interposto perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida, o qual será o competente para exercer o juízo de admissibilidade e também o juízo de mérito.<sup>869</sup>

---

<sup>868</sup> Criticando o uso inadequado da expressão “não conhecer” de um recurso e suas implicações práticas, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso? In: \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. 125-143.

Registre-se que as controvérsias tidas como processuais no juízo originário podem constituir elemento de mérito de um recurso ou de outro procedimento, o que terá implicações na formação da coisa julgada. Assim, uma questão de ordem pública ou de interesse público, ou seja, de cunho processual em primeiro grau de jurisdição, pode se tornar uma questão de fundo em outro procedimento e, nesse caso, fará coisa julgada material.<sup>870</sup>

Como se observa, o juízo de admissibilidade constitui um filtro necessário para o processamento do recurso, com importantes implicações processuais, especialmente em decorrência do momento do trânsito em julgado para fins de execução do julgado ou de eventual interposição de ação rescisória.

Com efeito, tendo em vista que o juízo de admissibilidade dos recursos possui natureza declaratória, como regra enseja a eficácia *ex tunc*, o que faz com que o trânsito em julgado se dê na oportunidade em que se proferiu a decisão recorrida, e não quando da não admissão do recurso. Porém, essa interpretação prejudicaria o prazo para o ajuizamento da ação rescisória – reduzindo ou praticamente o eliminando – se a decisão que não conhecer do recurso demorar mais de dois anos para ser proferida.<sup>871</sup>

Dessa forma, a doutrina tem considerado tratar-se de eficácia *ex nunc*, de modo que o ajuizamento de ação rescisória antes da decisão de inadmissibilidade do recurso acarretaria a litispendência.<sup>872</sup>

Já a jurisprudência tem entendido que apenas na hipótese de recurso manifestamente inadmissível (intempestividade ou falta de preparo) ocorreria a formação da coisa julgada a

---

<sup>869</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 80-81. (Processo Civil Moderno, v. 2).

<sup>870</sup> “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. A ‘legitimidade *ad causam*’ é uma condição da ação – questão de admissibilidade, pois –, mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade das partes; a competência do juízo é, de regra, uma questão de admissibilidade, mas é questão de mérito na ação rescisória por incompetência relativa (art. 485, II, do CPC) e nos embargos à execução (art. 741, VII, do CPC). Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questão de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento principal uma condição da ação ou um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais.” (DIDIER JR., Fredie, *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 75-76).

<sup>871</sup> Nesse sentido: MELLO, Rogério Licastro Torres. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84-87. (Coleção Theotonio Negrão).

<sup>872</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e ações autônomas de impugnação*, cit., p. 76.

partir da prolação da decisão recorrida (eficácia *ex tunc*), e não no momento do não conhecimento do recurso.<sup>873</sup>

Denota-se, pois, que são várias as situações e os efeitos que envolvem essa fase procedimental, de modo que devem ser analisadas pormenorizadamente.

Portanto, concluindo o conceito do instituto, o juízo de admissibilidade constitui técnica de controle da regularidade recursal que incide sobre requisitos considerados de interesse público e que devem ser conhecidos de ofício pelo examinador, embora possam ter diferentes graus de relevância, com consequências também variáveis, cabendo ao magistrado avaliar as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o ato.

#### 7.4 Espécies de requisitos de admissibilidade dos recursos cíveis

Os requisitos de admissibilidade são exigências legais cuja ausência inviabiliza o conhecimento do recurso e, conseqüentemente, o exame de seu conteúdo meritório. Eles se classificam em duas espécies: extrínsecos e intrínsecos.

Os extrínsecos consistem em: tempestividade, competência, regularidade formal e preparo. Já os intrínsecos são cabimento, legitimação recursal, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo do exercício do ônus recursal.

Por sua vez, na instância extraordinária, além dos requisitos previstos para todos os recursos, há outros mais específicos, que merecem uma atenção particularizada. Com efeito, tendo em vista que os recursos extraordinário e especial se caracterizam como recursos de fundamentação vinculada, há de ser analisado como as suas peculiaridades refletem no juízo de admissibilidade.

Resta então analisar as questões mais relevantes envolvendo cada uma dessas exigências recursais.

##### 7.4.1 Tempestividade

Inicialmente, o recurso deve ser interposto dentro do prazo estabelecido pela lei, sob pena de preclusão temporal. Como se sabe, a preclusão tem importante papel no procedimento, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados e, ao mesmo tempo,

---

<sup>873</sup> Essa é a análise feita por Flávio Cheim Jorge sobre a Súmula n. 401 do STJ. (JORGE, Flávio Cheim. *Sobre a Súmula 401 do STJ*. Disponível em: <<http://www.cjar.com.br/noticias/flaviocheim-stj-sumula.html>>. Acesso em: 08 abr. 2013).

impedindo o retrocesso de fases processuais já superadas, fazendo com que a cadeia de atos se desenvolva e evolua para um fim.

Os prazos recursais estão estabelecidos pela lei adjetiva e também pelos regimentos internos dos tribunais<sup>874</sup>, sendo que o artigo 506 do CPC fixa as formas de início de sua fluência.

A tempestividade do recurso constitui recorrente fator de não conhecimento, cuja análise se dá objetivamente, e em princípio sem qualquer margem de flexibilização.

Entretanto, o artigo 507 do CPC traz duas importantes exceções aos prazos recursais inicialmente estabelecidos: a) quando sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado; e, b) no caso de motivo de força maior. Em ambas as hipóteses, uma vez, reconhecidas, haverá a interrupção do prazo recursal, com a sua restituição em proveito da parte prejudicada. Registre-se que essas causas de interrupção devem ocorrer entre o início e o término do prazo do recurso.<sup>875</sup>

No caso de falecimento da parte ou de seu advogado durante o prazo para a interposição do recurso<sup>876</sup>, o juiz, diante da comprovação desses fatos, pode simplesmente restituir o prazo a partir da intimação, sem maiores indagações.

Contudo, o problema se forma quando se alega a ocorrência de força maior (causa natural) impeditiva do cumprimento do prazo de interposição do recurso, sendo certo que os casos fortuitos (causa humana)<sup>877</sup> também se incluem na referida exceção legal.

---

<sup>874</sup> Súmula n. 216 do STJ (03.02.1999, *DJ*, de 25.02.1999): “A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da Secretaria e não pela data da entrega na agência do correio.”

<sup>875</sup> NCPC: “Art. 1.017. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado ou ocorrer motivo de força maior que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.”

<sup>876</sup> “Processual civil. Art. 507 do CPC. Pedido de devolução de prazo. Falecimento do advogado. 1. Hipótese em que a recorrente pleiteia seja devolvido o prazo recursal para oposição destes embargos de declaração, tendo em vista o falecimento do patrono da causa. 2. *O art. 507 do CPC disciplina o motivo de força maior a justificar a interrupção do prazo recursal. Ocorre que o falecimento do patrono da causa se deu em 16.11.2009, ou seja, não ocorreu durante o prazo para interposição do presente recurso, razão pela qual não se lhe aplica a restituição temporal.* 3. O prazo para interposição dos embargos é peremptório, e, na ausência de causa interruptiva, o recurso apresentado após o término do prazo regular deve ser considerado intempestivo. Na hipótese, o agravo regimental foi publicado em 19.8.2010, e os embargos de declaração em 8.10.2010. Embargos de declaração não conhecidos.” (STJ – ED AgR REsp n. 1.123.022/SP, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 23.11.2010, *DJe*, de 01.12.2010).

<sup>877</sup> “Recurso especial - Embargos à execução de sentença prolatada em ação indenizatória - Acórdão objurgado confirmando a higidez do título executivo judicial. Irresignação do réu. 1. Ação de conhecimento compreendendo pedido de reparação de danos resultantes de divulgação de notícias inverídicas, difamatórias, caluniosas e injuriosas, envolvendo a pessoa do autor. 2. Citação pessoal do réu, seguida do recolhimento deste a estabelecimento prisional, ainda durante o decurso do prazo destinado à defesa na demanda cível. Decretação da revelia pelo magistrado a quo e prolação de sentença, que transitou em julgado. 3. Nulidade do título executivo judicial. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Violação, ademais, ao art. 9, II, do CPC. *Réu que, não obstante citado pessoalmente, tem sua liberdade privada quatro dias após o ato citatório, ainda durante o transcurso do lapso destinado à apresentação da defesa. Caso fortuito que*

Na realidade, se a força maior for transindividual e atingir todas as partes do processo, ele poderá ser suspenso ou ter os prazos interrompidos. Por outro lado, se afetar apenas a parte prejudicada com um justo impedimento, somente ela será beneficiada com a devolução do prazo recursal.<sup>878</sup>

Quanto à parte vencedora, caso resolva recorrer, alegue a ocorrência de um justo impedimento e peça a restituição do prazo, em princípio, a análise de sua situação fática para a eventual devolução do prazo não pode tolhida em razão de uma constatação apriorística de aparente falta de interesse recursal. Em outros termos, a ordem cronológica de enfrentamento das questões processuais também se mostra importante na esfera recursal e deve ser respeitada pelo julgador. Não se nega, em nome da efetividade, que o magistrado possa e deva não conhecer de um recurso pelo motivo que entende ser mais grave ou relevante, mas deve ter o cuidado de não usar como fundamento para o reconhecimento de inexistência do requisito que está sendo posto para análise (v.g. extrínseco) outra espécie de requisito de admissibilidade (v.g. intrínseco).

Isso ocorre porque algumas situações são notórias ou de fácil constatação, como uma greve<sup>879</sup>, um fator meteorológico, uma enfermidade<sup>880</sup>, um acidente ou coisas do gênero, e sem dúvida podem ou não autorizar a devolução do prazo recursal de forma objetiva. Porém, há circunstâncias mais complexas que demandam não só uma demonstração inequívoca do fato pela parte<sup>881</sup>, mas também uma margem de subjetividade de convencimento do julgador quanto à pertinência e aceitação da hipótese alegada.<sup>882</sup>

---

*impossibilitou a apresentação de resposta perante o juízo cível. Omissão do juízo em nomear curador especial que culmina na nulidade do processo desde a citação, exclusive, devendo ser restituído o prazo destinado à defesa. 4. Alegação de nulidade absoluta resultante da ausência de nomeação de curador especial ao réu preso, articulada no bojo dos embargos à execução. Viabilidade. Inteligência do art. 741, I, do CPC, com redação anterior à vigência da Lei 11.232/05. 5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ –REsp n. 1.032.722/PR, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, j. 28.08.2012, DJe, de 15.10.2012).*

<sup>878</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual, 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 126-128.

<sup>879</sup> “Processual civil - Recurso especial - Greve de servidores dos quadros da Advocacia-Geral da União - Inexistência de força maior - Suspensão de prazos processuais - Descabimento - Jurisprudência atual e iterativa em sentido contrário à pretensão recursal. 1. Segundo a jurisprudência atual e iterativa desta Corte, a greve dos advogados públicos não constitui motivo de força maior a ensejar a suspensão ou a devolução dos prazos processuais. 2. Recurso especial não provido. (STJ –REsp n. 1.280.063/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.06.2013, DJe, de 11.06.2013).

<sup>880</sup> “Agravo regimental no recurso extraordinário no agravo regimental no agravo de instrumento. Reabertura de prazo. Mais de um patrono. Advogado enfermo. Advogado em viagem. Inexistência de força maior. Agravo regimental desprovido. I - A enfermidade de apenas um dos causídicos constituídos não se caracteriza força maior apta a ensejar a reabertura do prazo recursal. II - A viagem de causídico no curso de prazo recursal, por si só, não é motivo de força maior e tampouco obstáculo judicial. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgR RE AgR Ag n. 1.173.949/RS, Corte Especial, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 06/10/2010, DJe 17/11/2010).

<sup>881</sup> “Processual civil. Intempestividade do recurso especial. Pretensão a devolução de prazo recursal. Falha na entrega de recortes no escritório do advogado por serviço especializado. Circunstância que não caracteriza

Com efeito, verifica-se na prática forense que a perda de um prazo recursal pode ocorrer por variados fatores, sendo que alguns deles, diante de sua relevância, podem servir de justificativa para uma eventual restituição do prazo, ficando a critério do julgador aceitar ou não o pedido de devolução, embora a interpretação deva ser sempre restritiva.

De qualquer forma, essas circunstâncias estão presentes no cotidiano forense e devem ser sopesadas adequadamente pelo julgador, de modo a não prejudicar um recorrente em função de circunstância que, mesmo não sendo comum, possa efetivamente ter existido e comprometido o ônus recursal pela intempestividade.

Ainda em relação à tempestividade, há discussão sobre a possibilidade de interposição de recurso antes mesmo de iniciado o prazo recursal. Sobre o tema, a jurisprudência tem se posicionado no sentido de que o recurso deve ser considerado extemporâneo, diante da antecipação do ato recursal.

Todavia, essa interpretação deveria ser revista, já que a precipitação do advogado diligente em interpor o recurso a partir do prazo de sua cientificação é um fator positivo para a

força maior. *Não constitui motivo de força maior a falha na entrega de recortes do Diário da Justiça ao escritório do advogado, fato que não enseja a devolução do prazo recursal.* Agravo regimental improvido. (STJ – AgR Ag n. 1.401.942/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 01.09.2011, DJe, de 09.09.2011).

<sup>882</sup> “*Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Descabimento. Competência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Matéria de direito estrito. Modificação de entendimento do STJ, em consonância com o do STF. Homicídio qualificado. Pedido de devolução do prazo para interposição do recurso de apelação, sob a alegação de que o estado de saúde do advogado impediu a realização do ato no interregno legal. Causídico que atuou eficazmente durante a sessão de julgamento. Atestado que revela que, nos dias seguintes, o causídico não se encontrava incapacitado. Nulidades alegadas originariamente perante esta corte. Inviabilidade de tais vícios serem reconhecidos diretamente por este tribunal, sob pena de supressão de instância. Impossibilidade de se reconhecer constrangimento ilegal que permita a concessão da ordem de ofício. *Habeas corpus* não conhecido. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, no sentido de que, “no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.” Porém, no caso, não há que se reconhecer qualquer constrangimento. 3. *Não se reconhece o direito à devolução do prazo para apelar se o Advogado que alegadamente estava doente durante o decorrer do prazo recursal atuou plenamente na sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri e, nos dias seguintes, não se encontrava incapacitado, conforme atestado médico.* 4. *Ainda quanto à restituição do prazo recursal, já se esclareceu que ‘[e]sta Corte de Justiça registra já precedentes no sentido de que a doença que acomete o advogado somente se caracteriza como motivo de força maior quando o impossibilita totalmente de exercer a profissão ou de substabelecer o mandato’.* (AgRg nos EDcl no Ag 661964/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 06/02/2006, p. 379). 5. É vedado avaliar os vícios alegados originariamente perante esta Corte, sob pena de supressão de instância. 6. Ausência de ilegalidade flagrante que permita a concessão da ordem de ofício. 7. *Habeas corpus* não conhecido.” (STJ – HC n. 179.643/SP, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.12.2012, DJe, de 01.02.2013).

efetividade e a celeridade do processo e não traz prejuízos às partes ou à jurisdição, conforme já vem reconhecendo a jurisprudência de vanguarda.<sup>883</sup>

De outra banda, se o recurso for interposto em fase processual inadequada e não for ratificado<sup>884</sup> no momento oportuno<sup>885-886</sup>, configura-se, de fato, um óbice ao seu conhecimento

<sup>883</sup> “Agravamento regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Intimação. Ciência inequívoca do advogado e retirada dos autos antes da publicação. Início da fluência do prazo recursal. Inobservância do disposto no artigo 242 do Código de Processo Civil. Intempestividade. 1. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, sentença ou acórdão, na dicção do artigo 242 do Código de Processo Civil. 2. *O advogado diligente que se antecipa à publicação do decisum está a contribuir com a celeridade e a efetividade da entrega da prestação jurisdicional. Desse modo, nos moldes do artigo 242 do Código de Processo Civil, o proceder do advogado que teve ciência pessoal e formal de determinado pronunciamento decisório traz como consequência o início da fluência do prazo recursal na data da cientificação, pois estaria abdicando da intimação ficta que se dá via publicação do ato no Diário da Justiça.* 3. Como ressaltado na jurisprudência desta Corte, ‘todo ato processual tem uma forma, a forma é apenas o meio, não é fim. Daí ser soberano no processo o princípio da instrumentalidade das formas dos atos processuais; se por outro meio se alcançou o mesmo fim, não se pode, por amor à forma, sacrificar o ato. O ato de conhecimento foi meio perfeito e completo, qual foi a retirada dos autos do cartório pelo próprio advogado que deveria recorrer’. Nesse sentido são os precedentes do STF: Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 63.646, acórdão publicado na RTJ 58/576; Recurso Extraordinário nº 75.115, julgado em 18.09.74. Precedentes do STJ: Recurso Especial nº 22.714-DF, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 24.08.1992; Recurso Especial nº 2.840-MG, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 03.12.1990. 4. In casu, o advogado firmou o “ciente” em 28 de novembro de 2011 e, por empréstimo, retirou os autos, que somente foram devolvidos em 05 de dezembro de 2011, data em que foi protocolado o primeiro agravo regimental. 5. Segundo agravo regimental não provido, mantendo-se não conhecimento do primeiro regimental.” (STF – AgR AgR AI n. 742.764, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013, *DJe*, de 11.06.2013).

<sup>884</sup> “Embargos de declaração opostos de decisão do relator. Conversão em agravo regimental. Recurso extraordinário com agravo. trabalhista. Promoção. Quadro de carreira. Diferenças salariais. Recurso extraordinário extemporâneo. Interposição concomitante ao recurso de embargos. Ausência de ratificação das razões do apelo extremo. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. *É extemporâneo o recurso apresentado antes do julgamento de todos os recursos apresentados na instância de origem, avultando-se imperioso que o recurso excepcional seja reiterado ou ratificado no prazo recursal, para que referido vício seja sanado.* Precedentes: AI 799.209-AgR, sob minha relatoria, 1ª Turma, DJe de 26/05/2011; RE 469.338-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 22/11/2010; RE 476.316-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 08/02/2011; e RE 346.566-AgR-AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ de 13/12/2010. 2. O recurso extraordinário interposto pela agravante revela-se extemporâneo, pois o acórdão proferido no julgamento do recurso de embargos, interposto concomitantemente, foi publicado em 25/03/2011 (fl. 229) e o recurso extraordinário fora protocolizado em 16/06/2010 (fl. 173/185), permanecendo, entretanto, sem ratificação posterior. 3. *In casu*, o acórdão originariamente assentou: ‘Agravamento de instrumento. Nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional. Quadro de carreira. Promoção. Diferenças salariais. Embargos de declaração protelatórios. Multa. Desprovimento. Não merece provimento o agravo de instrumento que tem por objetivo o processamento do recurso de revista, quando não demonstrada violação literal de dispositivo constitucional ou legal, nem divergência jurisprudencial apta ao confronto de tese. Art. 896, e alíneas, da CLT.’ 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – ED ARE n. 663.915, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.02.2012, *DJe*, de 27.03.2012).

<sup>885</sup> “Agravamento regimental no agravo no recurso especial. Interposição na data da disponibilização do acórdão dos aclaratórios. Intimação. Finalidade alcançada. Não aplicação da Súmula nº 418 do Superior Tribunal de Justiça. 1. *Não é prematuro o recurso especial interposto na data da disponibilização do acórdão que julgou os aclaratórios, pois cumprida a finalidade da intimação e exaurida a instância ordinária.* 2. ‘A exigência de aguardar-se a publicação do acórdão no órgão oficial como termo *a quo* para a interposição de eventuais recursos implica em negar o avanço dos modernos meios de comunicação que possibilitam às partes tomar ciência de atos processuais disponíveis na via Internet, praticamente em tempo real’ (Resp nº 460.789/SC, Relator Ministro Castro Meira, DJ 14/3/2005). 3. A previsão legal de que a data da publicação se dá no primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização (art. 4º, § 3º, da Lei nº 11.419/2006) apenas tem o condão de assegurar a integralidade do prazo recursal. 4. A conduta processual de interpor recurso no mesmo dia da disponibilização configura antecipação da ciência do resultado do julgamento. 5. Agravo regimental provido,

por intempestividade, já que o interesse recursal estava na verdade condicionado<sup>887</sup> ao exaurimento<sup>888</sup> dos recursos precedentes<sup>889</sup>, nos termos, inclusive, do enunciado da Súmula 418 do STJ.<sup>890</sup>

Registre-se, por sua vez que, segundo o enunciado da Súmula 288 do STF<sup>891</sup> e reiterados julgados da Corte Suprema, a comprovação da tempestividade compete ao próprio recorrente<sup>892</sup>, sem prejuízo de ser considerada questão de ordem pública passível de cognição de ofício pelo magistrado ou tribunal.<sup>893</sup>

com retorno dos autos para apreciação do agravo no recurso especial.” (STJ – AgR AREsp n. 317.533/SP, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.02.2014, *DJe*, de 07.03.2014).

<sup>886</sup> “Agravo regimental. Processual civil. Recurso especial prematuro. Interposição antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração sem posterior ratificação. Súmula 418/STJ. 1. Verifica-se, no caso vertente, que a publicação do acórdão nos embargos de declaração ocorreu em 5.3.2013 (fl. 202, e-STJ), e a ratificação do recurso especial foi protocolada no dia 4.3.2013 (fl. 285, e-STJ), anterior, portanto, à abertura do prazo recursal que conta-se da publicação da decisão dos aclaratórios. 2. *Saliente-se que o fato de os agravantes terem acesso ao inteiro teor do acórdão, em razão da sua disponibilização, não lhes possibilita a ratificação precoce do recurso especial, cujo prazo para interposição, interrompido com a apresentação dos embargos, somente volta a ser contado depois da publicação do acórdão.* Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR AREsp n. 440.838/SP, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 06.02.2014, *DJe*, de 17.02.2014).

<sup>887</sup> “Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Interposição anterior ao julgamento dos embargos de declaração da parte contrária. Necessidade de ratificação no prazo legal. Intempestividade. Não conhecimento. 1. É extemporâneo o agravo regimental interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos a decisão monocrática. *O conhecimento de referido recurso fica condicionado à reiteração no prazo legal, após a publicação da decisão que julgou os aclaratórios.* Precedentes. 2. Agravo regimental não conhecido.” (STJ – AgR AREsp n. 130.644/PB, Quarta Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 17.12.2013, *DJe*, de 03.02.2014).

<sup>888</sup> “Processual civil. Art. 538 do CPC. Apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação posterior. Prematuridade configurada. Provimento. 1.- O artigo 538 do Código de Processo Civil reza que: Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes. 2.- Verifica-se que o prazo para interposição do recurso de apelação só se inicia com a publicação do julgamento dos embargos de declaração, uma vez que estes tem natureza integrativa do acórdão anterior. 3.- *No presente caso contado, deve ser considerado intempestivo o recurso de Apelação interposto antes da publicação da decisão que julgou os Embargos de Declaração, sem que tenha havido a sua ratificação pelo apelante, a teor do que dispõe a Súmula STJ/418. Assim, não havendo nos autos petição das Recorridas ratificando os termos da Apelação de e-STJ fls. 434/445. Dessa forma, tem-se a configuração da prematuridade da referida Apelação.* 4.- Prejudicados os demais temas. 5.- Recurso especial provido para julgar intempestiva a Apelação dos Recorridos, restabelecendo a sentença.” (STJ – REsp n. 1.396.978/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.12.2013, *DJe*, de 19.12.2013).

<sup>889</sup> “Embargos declaratórios. Oposição antes da publicação do acórdão que julgou o agravo regimental e de sua materialização nos autos. Ausência de ratificação do recurso. Extemporaneidade. 1. *Conforme entendimento predominante nesta nossa Casa de Justiça, o prazo para recorrer só começa a fluir com a publicação da decisão no órgão oficial, sendo prematuro o recurso que a antecede. Entendimento quebrantado, tão-somente, naquelas hipóteses em que a decisão recorrida já está materializada nos autos do processo no momento da interposição do recurso, dela tendo tomado ciência a parte recorrente* (AI 497.477-AgR, da relatoria do ministro Cezar Peluso). O que não é o caso dos autos. 2. Embargos não conhecidos.” (STF – AgR ED ARE n. 638.700, Tribunal Pleno, rel. Min. Ayres Britto (Presidente), j. 27.06.2012, *DJe*, de 10.09.2012).

<sup>890</sup> Súmula n. 418 do STJ (03.03.2010, *DJe*, de 11.03.2010): “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

<sup>891</sup> Súmula n. 288 do STF (13.12.1963): “Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia.”

<sup>892</sup> “Agravo regimental. Ausência de peça essencial à verificação da tempestividade do recurso extraordinário. Súmula nº 288 do STF. Não consta da cópia da petição de recurso extraordinário o carimbo com a data de seu protocolo. A tempestividade do recurso é pressuposto de ordem pública de seu cabimento. Por isso, é



Dessa forma, uma vez declarada a intempestividade do recurso, o pronunciamento terá eficácia *ex tunc*, ou seja, ocorrerá a partir da coisa julgada da decisão recorrida, conforme vem sendo sedimentado pela jurisprudência pátria.<sup>894</sup>

---

*necessário que conste do traslado a peça que viabilize essa aferição, que compete a esta Corte e é indispensável para o provimento, ou não, do agravo de instrumento.* Aplica-se ao caso o mesmo princípio que inspirou a Súmula nº 288 do STF. Agravo a que se nega provimento. (STF – AgR AI n.825.720/ SP, Segunda Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04.10.2011, *DJe*, de 21.10.2011, p. 26). E ainda: “*Encontra-se ilegível a data de ingresso contida no protocolo da petição do recurso extraordinário, não sendo possível aferir-lhe a tempestividade, pressuposto de ordem pública do seu cabimento. 2. Segundo reiterada orientação do Supremo Tribunal, é encargo da própria agravante fiscalizar a inteireza do traslado. 3. O fato de o Tribunal a quo não ter apontado a intempestividade do apelo extremo não afasta uma nova análise, pelo Supremo Tribunal, deste pressuposto de admissibilidade. 4. Agravo regimental improvido.*” (STF – AgR AI n. 481.531/ RS, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.09.2004, *DJU*, de 22.10.2004, p. 24).

<sup>893</sup> “*Agravo de instrumento. Intempestividade. Não conhecimento. Recurso de agravo improvido.* Os prazos recursais são peremptórios e preclusivos (RT 473/200 - RT 504/217 - RT 611/155 - RT 698/209 - RF 251/244). Com o decurso, *in albis*, do prazo legal, extingue-se, de pleno direito, quanto à parte sucumbente, a faculdade processual de interpor, em tempo legalmente oportuno, o recurso pertinente. - *A tempestividade - Que se qualifica como pressuposto objetivo inerente a qualquer modalidade recursal - Constitui matéria de ordem pública, passível, por isso mesmo, de conhecimento ‘ex officio’ pelos juízes e tribunais.* A inobservância desse requisito de ordem temporal, pela parte recorrente, provoca, como necessário efeito de caráter processual, a incognoscibilidade do recurso interposto. (STF – AgR AI n. 839.306/ ES, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.2011, *DJe*, de 31.08.2011, p. 25). Em outro julgado: “*Agravo de instrumento. Certidão de publicação do acórdão recorrido. Peça de traslado obrigatório. Ausência. Controle da tempestividade do recurso extraordinário. Recurso improvido.* A prova da oportuna interposição do recurso extraordinário constitui peça essencial à definição de um dos pressupostos recursais objetivos de maior significação: A própria tempestividade do apelo extremo. - Sem que a parte agravante promova a integral formação do instrumento, com a apresentação de todas as peças que dele devem constar obrigatoriamente (inclusive aquela comprobatória da tempestividade do apelo extremo), torna-se inviável conhecer do recurso de agravo (Súmula nº 639/STF), cabendo enfatizar, de outro lado, que a composição do traslado deve processar-se, necessariamente, perante o tribunal *a quo*, e não, tardiamente, perante o Supremo Tribunal Federal. Precedentes. - Não se presume a tempestividade dos recursos em geral, pois incumbe, a quem recorre, o ônus processual de produzir, com base em dados oficiais inequívocos, elementos que demonstrem que a petição recursal foi efetivamente protocolada em tempo oportuno. - *O controle da tempestividade do apelo extremo - Precisamente por constituir pressuposto recursal de ordem pública - Revela-se matéria suscetível, até mesmo, de conhecimento ‘ex officio’ por este tribunal, independentemente, em consequência, de qualquer formal provocação dos sujeitos que intervêm no procedimento recursal. Doutrina. Precedentes.*” (STF – AgR AI n. 477.314/ SP, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.12.2003, *DJe*, de 26.02.2010, p. 74).

<sup>894</sup> “*Processo penal. Agravo regimental em recurso especial. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva antes do juízo de admissibilidade do recurso. Possibilidade. Inadmissibilidade recursal, salvo intempestividade, opera efeito ex nunc. Trânsito em julgado. Súmula 401/STJ. Imperativo de coerência. Garantia da segurança jurídica. Instrumentalidade do processo. Efeito obstativo dos recursos. 1. O juízo negativo de admissibilidade do recurso, salvo quanto à intempestividade, opera efeito ex nunc, ocorrendo o trânsito em julgado com a preclusão da oportunidade para interposição de qualquer recurso contra o último pronunciamento judicial.* Por conseguinte, desde que aferida a tempestividade do meio recursal, é possível declarar-se a prescrição da pretensão punitiva sem que seja necessária manifestação expressa sobre a sua admissibilidade. 2. A adoção da mencionada tese é um imperativo de coerência. De fato, a Súmula 401/STJ dispõe que o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial, e dos precedentes que deram origem ao enunciado extrai-se a conclusão segundo a qual o trânsito em julgado apenas ocorre com a preclusão da oportunidade para interposição de qualquer recurso contra a última decisão, ainda que referente à inadmissão do recurso. Então, se, em âmbito cível, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento expresso sobre o momento de verificação do trânsito em julgado, não pode haver entendimento diverso em âmbito penal. 3. Tal conclusão decorre ainda da necessidade de se garantir o princípio da segurança jurídica. Com efeito, por força de tal princípio, intrinsecamente relacionado à noção de Estado Democrático de Direito, impõe-se ao poder público, incluindo o Poder Judiciário, comportamento dotado de previsibilidade e coerência, prestigiando-se a boa-fé e protegendo-se a confiança das pessoas nas instituições. Ademais, não é novidade, no ordenamento jurídico brasileiro, a concessão de efeito ex nunc a uma decisão declaratória, por força da necessidade de se resguardar a segurança

#### 7.4.2 Competência

A lei processual estabelece o juízo competente para o processamento e julgamento do recurso que, por sua vez, pode não ser o único a realizar o juízo de admissibilidade.

Assim, conforme já mencionado, existem três possibilidades quanto à competência recursal: a) o recurso é interposto perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida e julgado por órgão hierarquicamente superior, sendo ambos responsáveis pela verificação da admissibilidade (v.g. apelação); b) o recurso é interposto diretamente perante o órgão hierarquicamente superior ao da decisão recorrida, que será o único com a função de realizar o juízo de admissibilidade (agravo de instrumento); e, c) o recurso é interposto perante o próprio órgão que proferiu a decisão recorrida, o qual será o competente para exercer o juízo de admissibilidade e também o juízo de mérito (embargos de declaração).

Desse modo, em havendo erro na indicação do órgão competente para o conhecimento do recurso, nos moldes estabelecidos no CPC ou nos regimentos internos dos tribunais, ele não será conhecido e, conseqüentemente, não prosseguirá na análise de seu mérito.

Interessante registrar que, embora a jurisprudência mencione com mais frequência o tipo de eficácia operada no caso de intempestividade, caso o pronunciamento judicial seja pelo não conhecimento do recurso diante de sua incompetência, a eficácia também será *ex tunc*, ou seja, operar-se-á a partir da formação da coisa julgada da decisão recorrida, e não do momento do não conhecimento do recurso, já que, como consequência lógica, o recorrente perderá o prazo de interposição do recurso no juízo correto.<sup>895</sup>

---

jurídica, como se observa nos arts. 27 da Lei n. 9.868/1999 e 11 da Lei n. 9.882/1999. 4. Trata-se também de prestigiar a instrumentalidade do processo, afinal, embora não se discuta a indispensabilidade da existência de garantias formais, o certo é que a distorção da forma compromete o exercício regular da jurisdição. 5. É o reconhecimento de efeito *ex nunc* ao juízo de inadmissibilidade recursal que melhor se coaduna com o efeito obstativo dos recursos, consistente no impedimento ao trânsito em julgado em razão do prolongamento da litispendência. Éo que se extrai dos arts. 301, § 3º, e 467 do Código de Processo Civil e do art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos quais a noção de coisa julgada, que tem como pressuposto o trânsito em julgado, encontra-se vinculada ao não cabimento de qualquer recurso. E, mesmo que um certo recurso não seja admitido, o sistema processual prevê o cabimento de uma série de outros, como o agravo de instrumento, o agravo em recurso especial ou em recurso extraordinário e o agravo regimental. 6. A única ressalva a ser efetuada na concessão de efeito *ex nunc* ao juízo negativo de admissibilidade diz respeito à tempestividade do recurso. Isso porque esta Corte Superior vem reiteradamente admitindo que a extemporaneidade do recurso faz ocorrer o trânsito em julgado, cujo reconhecimento, por se tratar de circunstância objetivamente aferível, deve operar efeito *ex tunc*. 7. Agravo regimental improvido.” (AgR REsp n. 1.256.973/RS, Sexta Turma, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 07.11.2013, DJe, de 26.11.2013).

<sup>895</sup> “Embargos de declaração em recurso extraordinário. Intempestividade. Recurso protocolado em tribunal diverso. O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que é intempestivo o recurso protocolado por equívoco em tribunal diverso e recebido somente após o trânsito em julgado da decisão recorrida. Precedentes. Embargos de declaração não conhecidos.” (STF – RE n. 467.995 ED, Primeira Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.11.2013, DJe, de 10.12.2013).

### 7.4.3 Regularidade formal

A regularidade formal é um requisito extrínseco de admissibilidade, relacionado ao atendimento dos requisitos de forma estabelecidos pela lei processual para a interposição dos recursos.

Cada espécie de recurso possui exigências específicas que devem ser observadas pelas partes e controladas pelo julgador.

Destarte, alguns requisitos gerais são aplicáveis a todos os recursos, sob pena de não serem conhecidos, como a petição escrita e assinada por advogado devidamente constituído, a indicação das partes, as razões do recurso com argumentos de fato e de direito –inclusive os supervenientes à sentença – que delimitam o objeto do efeito devolutivo e o pedido.

No que tange às razões recursais, que indicam o conteúdo do recurso, a formalidade se presta para possibilitar a ampla defesa da parte contrária, mas também para definir a exata extensão da cognição do magistrado ou do colegiado. Por sua vez, após a interposição do recurso, não é permitida a complementação das razões inicialmente apresentadas, operando-se a preclusão consumativa do ato processual.<sup>896</sup>

Em relação à exigência de que o recorrente esteja devidamente representado por advogado em juízo, constatada a ausência de assinatura ou de procuração, há divergências se o ato seria inexistente ou se o vício poderia ser sanado por determinação do juiz, nos termos do artigo 13 do CPC.

A doutrina, em relação à instância ordinária, diferencia a situação de falta de assinatura da inexistência de procuração, entendendo que, no primeiro caso, o ato seria inexistente, com o conseqüente não conhecimento do recurso; já na hipótese de falta de procuração, o juiz poderia autorizar a regularização da representação.<sup>897</sup>

---

<sup>896</sup> “Agravamento regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Alegação de afronta ao art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Impossibilidade de análise da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configuram ofensa constitucional indireta. 2. *Impossibilidade de complementação das razões do recurso extraordinário por meio de petição em apartado: preclusão consumativa.*” (AgR RE n. 590843, Primeira Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 06.04.2010, DJe, de 29.04.2010).

<sup>897</sup> Nesse sentido: JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 138-140.

Já a jurisprudência distingue as consequências dos vícios de representação somente de acordo com a instância recursal analisada. Assim, no âmbito das instâncias ordinárias<sup>898</sup>, os defeitos de representação são sanáveis. No entanto, nas instâncias extraordinárias<sup>899</sup> não é possível regularizar o vício, seja de assinatura ou de falta de procuração<sup>900</sup>, ensejando o não conhecimento do recurso, em razão da inexistência do ato, nos termos, inclusive, do enunciado da Súmula 115 do STJ.<sup>901</sup>

#### 7.4.4 Preparo

O preparo corresponde ao pagamento prévio das despesas concernentes ao processamento do recurso.

A matéria está prevista no artigo 511 do CPC, que admite só ser necessário o preparo quando a lei assim o exigir, e que a despesa inclui o porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, nos termos do enunciado da Súmula 187 do STJ.<sup>902</sup>

Por sua vez, o seu parágrafo 1º estabelece alguns casos de sujeitos processuais isentos do pagamento do preparo. Já o parágrafo 2º permite que a insuficiência – e não a ausência<sup>903</sup>

<sup>898</sup> “Processual civil e administrativo - Recurso especial - Ausência de assinatura na petição recursal - Instâncias ordinárias - Vício sanável - Retorno dos autos à origem - Precedentes. 1. *Ao contrário do efeito produzido na instância extraordinária, a falta de assinatura do advogado nos recursos interpostos nas instâncias ordinárias é um vício sanável, em consonância com o teor do que dispõe o art. 13 do CPC, aplicável analogicamente à irregularidade da representação postulatória, devendo ser concedido prazo razoável para o suprimento de tal irregularidade.* Precedentes. 2. Recurso especial provido para determinar o retornos dos autos ao Tribunal de origem para que seja oportunizada a regularização da assinatura do patrono na petição recursal dirigida àquele instância ordinária.” (REsp n. 1.398.134/SC, Segunda Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 05.11.2013, *DJe*, de 13.11.2013).

<sup>899</sup> “Embargos de declaração no agravo regimental. Acolhimento com efeitos modificativos. Ocorrência de erro material. Falta de identidade entre o acórdão embargado e a matéria de fundo tratada neste feito. Petição de agravo de instrumento. Ausência de assinatura da procuradora. Recurso inexistente. Precedentes. 1. Ocorrência de erro material ante a evidente falta de identidade entre o que foi decidido no acórdão embargado e a matéria de fundo tratada nos presentes autos. 2. *A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de considerar inexistente o recurso sem a assinatura do advogado.* 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para não conhecer do agravo de instrumento.” (AgR ED AI n. 573009, Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.08.2012, *DJe*, de 05.10.2012).

<sup>900</sup> “Processual civil. Agravo regimental. Ausência de procuração do advogado subscritor do recurso. Súmula n. 115/STJ. Intempestividade. 1. *Na instância especial, considera-se inexistente recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos (Súmula n. 115/STJ).* 2. Não se conhece de recurso interposto fora do prazo legal. 3. Agravo regimental não conhecido.” (STJ – AgR AREsp n. 420.779/SE, Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.02.2014, *DJe*, de 07.03.2014).

<sup>901</sup> Súmula n. 115 do STJ (27.10.1994, *DJ*, DE 07.11.1994): “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.”

<sup>902</sup> Súmula n. 187 do STJ (21.05.1997, *DJ*, de 30.05.1997): “É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos.”

<sup>903</sup> “Embargos de declaração em agravo em recurso especial. Efeitos infringentes. Recurso conhecido como agravo regimental. Princípio da fungibilidade. Recolhimento de taxa judiciária local e do porte de remessa e retorno dos autos. Deserção reconhecida na instância *a quo*. Ausência de preparo. Prazo para regularização.

– do valor do preparo possa ser suprida no prazo de cinco dias, implicando o descumprimento na deserção.<sup>904</sup>

A deserção nada mais significa do que uma sanção pela falta de preparo<sup>905</sup>, que enseja, por conseguinte, o não conhecimento do recurso, podendo o defeito ser conhecido de ofício pelo magistrado.<sup>906</sup>

Ressalte-se, outrossim, que o recorrente pode pedir a assistência judiciária gratuita a qualquer tempo no curso da demanda<sup>907</sup>, inclusive na esfera recursal, desde que em petição

Inaplicabilidade. Súmula 187/STJ. 1. No ato da interposição do recurso especial, deve ser comprovado o recolhimento do preparo, consubstanciado no pagamento das custas locais (se houver) e do Superior Tribunal de Justiça (Lei n. 11.636/2007), bem como do porte remessa e retorno dos autos (a depender do Tribunal de origem), sob pena de deserção, à luz do entendimento cristalizado na Súmula 187/STJ: ‘É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos’. 2. No presente caso, não foram recolhidos o valor estipulado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deveriam ter sido recolhidos através da GRERJ (guia de recolhimento do Estado do Rio de Janeiro), bem como a quantia relativa ao porte de remessa e retorno dos autos. 3. *Ademais, a hipótese em apreço diz respeito à falta de comprovação do recolhimento da rubrica referente às custas locais e do porte de remessa e retorno dos autos e não de insuficiência de seu valor a ensejar a abertura de prazo para sua complementação, nos termos do art. 511, § 2º do CPC.* 4. O recurso revela-se manifestamente infundado, devendo ser aplicada a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.” (ED AREsp n. 466.649/RJ, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014, *DJe*, de 06.03.2014).

<sup>904</sup> NCP: “Art. 1.020. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção, observado o seguinte: I - são dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelo Estado, pelo Município, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal; II - a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias; III - se se tratar de processo em autos eletrônicos, os portes de remessa e de retorno não são exigidos. § 1º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecurável, fixando-lhe prazo de cinco dias para efetuar o preparo. § 2º O equívoco no preenchimento da guia de custas não resultará na aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador.”

<sup>905</sup> Entendendo que a interpretação sistemática das regras processuais induz ao entendimento de que a falta de preparo não deveria ensejar sanção relacionada à admissibilidade recursal, ver: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 161.

<sup>906</sup> “Embargos de declaração. *A falta de preparo no prazo implica a deserção do recurso extraordinário, matéria essa que é de ordem pública, porquanto com a deserção do recurso se dá o trânsito em julgado da decisão recorrida, razão por que, ainda quando não alegada, deve ela ser decretada de ofício por esta Corte, quando do julgamento do recurso extraordinário.* - Procedência da alegação de que o acórdão embargado foi omisso ao deixar de declarar, de ofício, a deserção do recurso extraordinário. Embargos declaratórios que são recebidos, para, reformando-se o acórdão a fls. 198/199, julgar-se deserto, por falta de preparo, o recurso extraordinário interposto pela ora embargada.” (STF – ED RE n. 169.347/SC, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 28.11.1995, *DJU*, de 19.04.1996, p. 12.225).

<sup>907</sup> “Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de preparo. Deserção. Assistência judiciária. Requerimento em petição avulsa. Art. 6º da LEI n. 1.060/50. Inovação recursal. Impossibilidade. Preclusão consumativa. 1. Por força do art. 511 do CPC, é dever do recorrente comprovar o recolhimento do preparo referente ao recurso no ato de sua interposição, a fim de que não seja o apelo julgado deserto. 2. *O pedido de assistência judiciária, embora possa ser formulado a qualquer tempo no curso da demanda, deverá ser requerido em petição avulsa, que será processada em apenso aos autos principais, consoante o disposto no art. 6º da Lei n. 1.060/50.* 3. Não se admite inovação recursal em sede de agravo regimental, visto que vedada pelo instituto da preclusão consumativa. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ

avulsa, mas seus efeitos só se operam a partir do momento do pedido, não retroagindo para alcançar os demais atos processuais.<sup>908</sup>

Ainda sobre o assunto, há possibilidade de o recorrente alegar o justo impedimento<sup>909</sup>, para que a pena de deserção seja relevada, com a fixação de prazo pelo juiz para a realização do preparo, sendo que, embora a permissão esteja disciplinada no capítulo da apelação (art. 519 do CPC), ela também pode ser aplicada, por analogia, aos demais recursos.<sup>910</sup>

Por fim, o juízo negativo de admissibilidade do recurso em razão da deserção possui efeitos *ex tunc*, ou seja o que faz com que o trânsito em julgado se dê na oportunidade em que se proferiu a decisão recorrida, e não quando da não admissão do recurso.<sup>911</sup>

#### 7.4.5 Cabimento

No nosso sistema processual o cabimento do recurso está relacionado à correspondência entre o tipo de pronunciamento judicial e a espécie de recurso indicada pela lei. Assim, esse requisito de admissibilidade encontra respaldo nos princípios da tipificação, da singularidade e da correspondência.<sup>912</sup>

– AgR AREsp n. 365.203/SC, Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18.02.2014, *DJe*, de 05.03.2014).

<sup>908</sup> “Processual civil. Assistência judiciária gratuita. Pedido formulado na peça recursal. Efeitos retroativos. Impossibilidade. Recurso especial. Alínea ‘c’. Não demonstração da divergência. 1. *O STJ possui entendimento no sentido de que a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita só produzirá efeitos quanto aos atos processuais relacionados ao momento do pedido, ou que lhe sejam posteriores, não sendo admitida, portanto, sua retroatividade.* 2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea ‘c’ do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 3. Agravo Regimental não provido.” (AgR AREsp n. 442.474/MG, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 18.02.2014, *DJe*, de 07.03.2014).

<sup>909</sup> Sobre o assunto, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008 e Emendas Regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 65.

<sup>910</sup> “Agravo regimental no agravo em recurso especial. Greve Bancária. Preparo. Prorrogação do prazo para o primeiro dia útil após o término do movimento paredista. Falta de recolhimento. Deserção. Agravo regimental desprovido. 1. *A greve dos bancários constitui justa causa para a prorrogação do prazo para comprovação do recolhimento do preparo.* 2. Quando não cumprida a Portaria do Tribunal de origem prorrogando a comprovação do preparo para o primeiro dia útil após o encerramento do movimento paredista é correta a aplicação da pena de deserção. 2. Agravo regimental desprovido.” (AgR AREsp n. 174.815/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17.12.2013, *DJe*, de 03.02.2014).

<sup>911</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 62.

<sup>912</sup> Nesse sentido: VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71-74. (Recursos no Processo Civil, 17).

Todavia, nem sempre a identificação do recurso correto é de fácil e imediata constatação, de modo a comprometer o seu cabimento.

Por essa razão, consagrou-se em nosso ordenamento jurídico o princípio da fungibilidade recursal, que permite o recebimento de um recurso interposto inadequadamente por outro, desde que atendido um critério objetivo de aferição, em nome da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Dessa forma, há que se verificar os limites da aplicação do princípio da fungibilidade recursal que, embora não esteja previsto expressamente na lei processual, tem grande aceitação no sistema recursal.

A possibilidade de fungibilidade de um recurso por outro é uma técnica processual destinada a flexibilizar o rigor formal na admissão do recurso, especialmente quando a própria lei não for clara quanto à indicação do recurso cabível, gerando uma dúvida contundente ao jurisdicionado, que não pode ficar prejudicado pela imprecisão legal.

Esse critério é reconhecido como sendo a existência de dúvida objetiva<sup>913</sup> quanto ao recurso cabível, capaz de afastar o erro grosseiro na escolha e interposição do recurso.<sup>914</sup>

Destarte, a ausência de erro grosseiro indica que o recorrente teve justificadas razões para não saber ao certo o recurso cabível, seja em razão de deficiências terminológicas da lei que a tornam duvidosa ou confusa, seja em razão de a doutrina e a jurisprudência também divergirem quanto à indicação do recurso correto. Em outros termos, se existir expressa previsão legal quanto à interposição de um recurso ou se não houver divergências no meio jurídico acerca do recurso cabível, não há que se falar em erro grosseiro.<sup>915</sup>

Por sua vez, afastada a hipótese de erro grosseiro e admitida a fungibilidade recursal, dúvidas surgem a respeito da necessidade de se atender às exigências processuais de prazo e procedimento relativas ao recurso correto.

---

<sup>913</sup> Posicionando-se contrariamente a esse critério para a aplicação do princípio da fungibilidade, ver: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Fungibilidade dos meios*, cit., p. 131.

<sup>914</sup> “Processual civil. Agravo regimental interposto contra decisão proferida por órgão colegiado. Recurso manifestamente incabível. Erro grosseiro. 1. Por expressa previsão legal, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática. 2. *A interposição de agravo regimental contra decisão colegiada constitui erro grosseiro, desautorizando a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.* 3. Agravo regimental não conhecido.” (AgR ED Rcl n. 2.162/PR, Terceira Seção, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26.02.2014, *DJe*, de 05.03.2014).

<sup>915</sup> “Agravo regimental em recurso especial. Apelação cível. Estado estrangeiro. Erro grosseiro. Recurso cabível. Recurso ordinário. Fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. 1. *A interposição de apelação cível no lugar do cabível recurso ordinário objeto de expressa previsão constitucional configura erro grosseiro, afastando qualquer pretensão de aplicação ao caso do princípio da fungibilidade recursal.* 2. Agravo regimental não provido.(STJ – AgR REsp n. 1.325.692/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.02.2014, *DJe*, de 17.02.2014).

Com efeito, a doutrina ainda diverge sobre a necessidade de se respeitar o prazo estabelecido para o recurso adequado, mas o posicionamento mais coerente e lógico indica ser irrelevante o prazo para a aplicação do princípio da fungibilidade, sob pena de se negar a utilidade do próprio instituto.<sup>916</sup>

Porém, a jurisprudência tem mantido o entendimento pela necessidade de se cumprir o prazo<sup>917</sup> relativo ao recurso correto, para que o princípio da fungibilidade possa ser aplicado, sob pena de se reconhecer a intempestividade recursal.<sup>918</sup>

Do mesmo modo, em relação ao procedimento no caso de erro grosseiro, a doutrina caminha para a possibilidade de flexibilização do rito escolhido pelo recorrente, para que o princípio da fungibilidade tenha ampla aplicação, autorizando o julgador a determinar que a parte adéque o procedimento<sup>919</sup> de acordo com os requisitos do recurso recebido<sup>920</sup>. Entretanto, a jurisprudência ainda adota um posicionamento mais restritivo, que exige o respeito aos requisitos do recurso correto.<sup>921</sup>

<sup>916</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro*, cit., p. 78-87. No mesmo sentido: AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Fungibilidade dos meios*, cit., p. 122-123.

<sup>917</sup> “Processual civil. Agravo regimental contra acórdão. Recurso incabível. Erro grosseiro. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal. Falha que se repete em sucessivos recursos. 1. Na forma dos artigos 545 do Código de Processo Civil e 258 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, somente é cabível agravo regimental contra decisão monocrática, sendo manifestamente inadmissível sua interposição contra acórdão. 2. *Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.* 3. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, na forma do art. 557, § 2º, do CPC.” (STJ – AgR AgR AREsp n. 390.989/SP, Segunda Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/12/2013, DJe 11/12/2013).

<sup>918</sup> “Agravo regimental. Agravo de instrumento. Interposição de agravo regimental contra decisão colegiada. Erro grosseiro. Fungibilidade. Afastamento. Recurso próprio. Intempestividade. Prazo. Fluência sem interrupção. Não conhecimento. 1. Não se admite a interposição de agravo regimental contra acórdão de órgão colegiado. 2. *Erro grosseiro que não interrompe a fluência do prazo para a interposição do recurso cabível, de que não se conhece por intempestividade, nem propicia a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.* 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgR Ag n. 1297789/SP, Quarta Turma, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20/02/2014, DJe 05/03/2014).

<sup>919</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 218-220.

<sup>920</sup> AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney, *Fungibilidade dos meios*, cit., p. 124-125.

<sup>921</sup> “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do trabalho. Recurso de revista. Pedido de nulidade da sentença. Equiparação salarial. Alegada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Ofensa reflexa. Reexame de conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula 279 do STF. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Conseqüentemente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da Constituição Federal). 2. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 3. A Súmula 279/STF dispõe *verbis*: ‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 5. In casu o acórdão originariamente recorrido assentou: ‘Recurso de revista. Nulidade da



#### 7.4.6 Legitimação recursal

A legitimação para recorrer está regulamentada no artigo 499 do Código de Processo Civil, que prevê que a parte vencida, o Ministério Público e o terceiro interessado podem interpor recurso. Já o parágrafo 1º do referido dispositivo dispõe que o terceiro interessado deverá demonstrar a interdependência entre a sua pretensão de intervir e a relação jurídica em apreço. Por sua vez, o parágrafo 2º estabelece que a legitimidade recursal do Ministério Público se dá quando atua como parte e também nos casos em que funciona como fiscal da lei.<sup>922</sup>

Inicialmente, quando a lei se refere à parte, ela não está restringindo a pertinência subjetiva recursal à parte legítima, e sim a quem tenha efetivo interesse em recorrer. Por sua vez, a abrangência de parte vencida alcança não só sujeito principal ou originário da demanda, mas também outros que porventura venham a ingressar no processo, como também os que assumem a qualidade de parte para efeitos recursais. Nesse passo, os litisconsortes, os assistentes, os interessados da jurisdição voluntária e os sucessores das partes são todos

---

sentença. Parcialidade do perito. Não há que se falar em nulidade na sentença conquanto registrado pelo Regional que as provas foram apreciadas em conjunto, não tendo o juízo somente o laudo pericial como fundamento do entendimento adotado e, ainda, não houve julgamento contrário às provas dos autos, uma vez que a matéria tratada nos autos detinha natureza controvertida, ensejando interpretações diversas. A decisão revela-se perfeitamente razoável e condizente com a sistemática processual em vigor, tendo sido franqueado às partes o acesso ao Judiciário e também assegurado o direito ao devido processo legal, sendo garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, até mesmo no que concerne ao duplo grau de jurisdição. Recurso de revista não conhecido. *Princípio da adequação. Inobservância. Apelação x recurso ordinário. Não se constitui em erro grosseiro quando a parte, apesar de intitular o recurso de maneira equivocada, respeita os requisitos do recurso a que pretende interpor. A decisão do Regional encontra amparo no princípio da fungibilidade, pois o emprego é viável quando as razões recursais satisfazem os requisitos de admissibilidade pertinentes ao recurso cabível, e desde que o equívoco decorrente da interposição do apelo não corresponda a erro grosseiro.* Recurso de revista não conhecido. Diferenças salariais. Equiparação salarial. O Regional, analisando as provas constantes nos autos, entendeu que o Reclamante não exercia as atividades de Diretor Financeiro. Ante o não preenchimento dos requisitos do artigo 461 da CLT, não há que se falar em diferenças salariais por equiparação. Recurso de revista não conhecido. Sistema Beneflex. Natureza salarial. O recurso encontra-se desfundamentado, pois a parte não indica qualquer dispositivo tido por violado ou divergência jurisprudencial. Recurso de revista não conhecido. Diárias. Natureza salarial. Conforme consignado nos autos, as reclamadas alegaram que a alteração visou a beneficiar seus empregados, e contestaram o fato de que as diárias não excediam de 50% do salário percebido pelo reclamante, e o reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe competia acerca dos prejuízos sofridos com a alteração salarial. Recurso de revista não conhecido. Assistência judiciária gratuita. Esta Corte já sedimentou o seu entendimento no sentido de que, atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (artigo 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial, para considerar configurada a sua situação econômica. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e provido, no ponto. 6. Agravo Regimental desprovido.” (STF – AgR ARE n. 672.918, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 30.10.2012, DJe, de 07.02.2013).

<sup>922</sup> NCPC: “Art. 1.009. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro

legítimos para interpor recursos contra um pronunciamento judicial, respeitando-se os limites de atuação processual de cada um desses sujeitos mencionados.<sup>923</sup>

De qualquer forma, a legitimidade recursal da parte vencida deve ser verificada em momento anterior à análise da presença do interesse recursal na reapreciação do julgado, para vê-lo anulado ou reformado.

Quanto ao terceiro interessado, do mesmo modo, deve-se identificar inicialmente se a sua qualidade de terceiro está configurada para fins recursais. Assim é que o sujeito interessado deve demonstrar o nexo de causalidade entre a sua posição jurídica e a relação jurídica processual pretendida, para que assuma a legitimidade recursal.

Do mesmo modo que ocorre em relação à parte, a constatação da qualidade de terceiro deve ser anterior à verificação de seu interesse na causa, em razão de prejuízo sofrido, como ocorre no exemplo dos fiadores, que podem ser atingidos com efeitos de uma decisão judicial desfavorável, sendo certo que somente o interesse jurídico é apto a autorizar o recurso de terceiro prejudicado, o que, portanto, inclui a demonstração do potencial prejuízo decorrente da decisão atacada.

Registre-se, ainda, que o terceiro interessado se submete a todos os requisitos de admissibilidade do recurso, em condição de igualdade com os demais envolvidos na relação processual.

No tocante à legitimação recursal do Ministério Público, o problema está quando atua como fiscal da lei, ou seja, se existe a legitimidade recursal independentemente de o órgão ter efetivamente atuado no processo. Contudo, sobre o tema foi editada a Súmula 99 do STJ<sup>924</sup>, cujo enunciado dispõe que a legitimação recursal do Ministério Público independe da existência de recurso da parte, elucidando, assim, as dúvidas existentes.

Registre-se, por fim, que o Ministério Público também deve preencher os requisitos de admissibilidade do recurso, sob pena dele não ser conhecido.

#### 7.4.7 Interesse de recorrer

O interesse em recorrer se divide em dois aspectos: a) a existência de uma decisão contrária ao recorrente; b) com a presença do interesse de agir, pois há necessidade de se

---

demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que seja titular.”

<sup>923</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 83-87.

<sup>924</sup> Súmula n. 99 do STJ (14.04.1994, *DJ*, de 25.04.1994): “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.”

demonstrar a utilidade da interposição do recurso para que o recorrente possa obter uma situação jurídica mais vantajosa do que a que restou estabelecida na decisão atacada.<sup>925</sup>

Para se aferir o interesse de recorrer, faz-se necessária a presença das duas hipóteses.

Com efeito, não basta o recorrente indicar a existência de uma decisão contra si proferida, o que a doutrina denomina de sucumbência formal. Ele também deve demonstrar a sucumbência material, que consiste no benefício prático que o recurso pode proporcionar, seja por meio de uma análise retrospectiva ou prospectiva.<sup>926</sup>

Portanto, o requisito de admissibilidade relativo ao interesse de recorrer objetiva filtrar os casos de latente inutilidade para o mundo dos fatos, evitando-se uma desnecessária prestação de jurisdição no grau recursal.

#### 7.4.8 Inexistência de fato impeditivo ou extintivo do exercício do poder recursal

O juízo de admissibilidade do recurso ainda deve perquirir a existência de algumas situações capazes de impedir ou de extinguir o poder recursal. Na realidade, esse requisito seria um desdobramento da análise do próprio interesse recursal.

Os fatos impeditivos ocorrem antes da interposição do recurso, podendo-se citar a desistência da ação, reconhecimento do pedido, renúncia do direito sobre o qual se funda a ação, transação, renúncia ao direito de recorrer e aquiescência. Já os fatos extintivos se manifestam quando o recurso já foi interposto, como é o caso da desistência do recurso.

---

<sup>925</sup> “Recurso especial. Processual civil. Agravo de instrumento (artigo 522, do CPC) interposto em face de decisão interlocutória que autorizou o levantamento de depósito judicial sem prévia intimação pessoal da Fazenda Nacional. Alegação de cerceamento de defesa que, uma vez reconhecida, implica na nulidade do ato decisório e consequente determinação de restituição das quantias levantadas (*statu quo ante*). Esvaziamento da pretensão recursal em virtude da efetivação do levantamento. Não ocorrência. Perda de objeto. Não caracterização. 1. *O interesse em recorrer é instituto ontologicamente semelhante ao interesse de agir como condição da ação e é mensurado à luz do benefício prático que o recurso pode proporcionar ao recorrente.* 2. A possibilidade de reversão ao *statu quo ante* não torna prejudicado o agravo pelo simples fato da prática do ato que se pretendia evitar. 3. Raciocínio inverso implicaria interpretar como aceitação tácita da decisão, ato incompatível com a vontade de anuir, gerando exegese inversa e contrária ao disposto no artigo 503, do CPC, *verbis*: ‘Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.’ 4. *In casu*, o agravo de instrumento (artigo 522, do CPC) foi interposto em face de decisão interlocutória que autorizou o levantamento de depósito judicial, ao argumento de que ocorrente cerceamento de defesa, em virtude da inobservância da obrigatória intimação prévia e pessoal da Fazenda Pública. 5. Deveras, o benefício prático em prol da Fazenda Pública reside na restituição das quantias levantadas pelo contribuinte, a fim de restabelecer o *statu quo ante*, em havendo o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa e consequente nulidade do ato decisório que autorizou o levantamento do depósito judicial. 4. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, a fim de que seja apreciado o agravo de instrumento interposto pela Fazenda Nacional.” (STJ – REsp n. 829.218/MG, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 09.11.2010, *DJe*, de 23.11.2010).

<sup>926</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 101-105.

A renúncia ao direito de recorrer está prevista no artigo 502 do CPC, que diz que independe da aceitação da outra parte. Trata-se de ato de disposição da parte que deve ser expresso para surtir efeito processual que, uma vez manifestado, produz efeitos imediatos, tornando-se irrevogável.<sup>927</sup>

Por sua vez, a aquiescência vem estabelecida no artigo 503 do CPC, dispondo que se a parte aceitar expressa ou tacitamente o comando da decisão ou sentença, não poderá recorrer, sendo que, segundo o parágrafo único do dispositivo, por aceitação tácita se tem a prática de um ato incompatível com a vontade de recorrer.<sup>928</sup>

Já a desistência do recurso consta do artigo 501 do CPC e se opera independente da anuência do recorrido ou dos demais litisconsortes, não dependendo também de homologação judicial, sendo imprescindível apenas que o recurso já tenha sido interposto.<sup>929</sup>

Ressalte-se porém que, em relação ao pedido de desistência de recurso especial repetitivo, processado nos termos do artigo 543-C e ainda pendente de julgamento perante o STJ, já se decidiu que não pode ser acatado, haja vista que o interesse público presente na pacificação da questão federal discutida se sobrepõe ao interesse privado das partes.<sup>930</sup>

Portanto, pelo entendimento da Corte Especial, o artigo 501 do CPC não se aplica ao recurso especial repetitivo admitido e ainda não julgado, de modo que a hipótese do artigo 543-C representa uma exceção à regra da desistência recursal.

Registre-se, por fim, que se após a interposição do recurso houver a transação entre as partes, o ato deverá ser considerado como falta de interesse superveniente do recurso, e não como desistência.

#### 7.4.9 Requisitos de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários

---

<sup>927</sup> NCPC: “Art. 1.012. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.”

<sup>928</sup> NCPC: “Art. 1.013. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem qualquer reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.”

<sup>929</sup> NCPC: “Art. 1.011. O recorrente poderá, até o início da votação, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

<sup>930</sup> “Processo civil. Questão de ordem. Incidente de recurso especial repetitivo. Formulação de pedido de desistência no recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - *É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ.*” (QO no REsp n. 1.063.343/RS, Corte Especial, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2008, DJe, de 04.06.2009).

Os recursos podem ser classificados em ordinários e extraordinários ou excepcionais<sup>931</sup>. Os primeiros têm por objetivo primordial tutelar o direito subjetivo das partes, enquanto que os segundos tutelam o direito objetivo, referente à correta aplicação da lei, só alcançando a análise do direito subjetivo da parte se tiver havido o reconhecimento de lesão ao direito objetivo.

Dessa forma, a função dos recursos excepcionais é diversa da dos recursos ordinários, justificando a exigência de um juízo de admissibilidade diferente e mais rigoroso.

Os recursos excepcionais são classificados como de fundamentação vinculada, ou seja, seu cabimento está atrelado à demonstração de vícios específicos ocorridos na decisão atacada. Assim, não basta a sucumbência formal e o interesse recursal, sendo imprescindível, ainda, que o defeito questionado se enquadre nas hipóteses legais autorizativas.

O exercício do juízo de admissibilidade nos recursos excepcionais<sup>932</sup> traz importantes reflexos para o processo, uma vez que define a decisão que efetivamente transita em julgado, e, por consequência, o objeto e a competência de eventual ação rescisória.

Assim, se o recurso for admitido e julgado o seu mérito, eventual ação rescisória terá como objeto o acórdão que julgou o recurso, e a competência para ajuizar a ação rescisória

---

<sup>931</sup> Sobre a terminologia, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Recurso extraordinário e recurso especial*, cit., p. 51.

<sup>932</sup> “Art. 1.042. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. § 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. § 2º Quando o recurso estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao órgão jurisdicional inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção. § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. § 4º Quando, por ocasião de incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a eficácia da medida a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto. § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial poderá ser formulado: I - na petição de interposição do próprio recurso; ou II - por petição autônoma instruída com os documentos necessários ao conhecimento da controvérsia, quando formulado o pedido após realizado o juízo de admissibilidade no tribunal recorrido. § 6º É dispensável a formação do instrumento de que trata o inciso II do § 5º quando o pedido for formulado por petição autônoma e os autos já estiverem no tribunal competente para julgar o recurso extraordinário ou especial. § 7º A apreciação do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou ao recurso especial competirá: I - ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, se pendente o juízo de admissibilidade; II - ao presidente do respectivo tribunal superior, no período compreendido entre o juízo de admissibilidade do recurso no tribunal de origem e a sua distribuição no tribunal superior; III - ao relator designado, após a distribuição do recurso no tribunal superior. § 8º Aplica-se, no que couber, o disposto no art.

recairá sobre o tribunal superior, ao passo que se o recurso não for admitido, a coisa julgada recairá sobre a decisão atacada, passando a competência para o tribunal local.

Como se observa, o cuidado com o tipo de pronunciamento externado pelos tribunais superiores é fundamental para que o jurisdicionado possa distinguir se houve apenas um juízo de admissibilidade ou se o mérito do recurso também foi apreciado. Entretanto, nem sempre há na prática a utilização correta dessa técnica processual, e com frequência se vê a inadequação nos resultados dos juízos de cognição efetivamente exercidos.

Os fundamentos e as hipóteses de cabimento dos recursos extraordinários estão estabelecidos no artigo 102, III, da CF<sup>933</sup>, enquanto que os do recurso especial estão previstos no artigo 105, III,<sup>934</sup> do mesmo diploma legal.

Na realidade, o único fundamento desses recursos é a alegação de contrariedade à norma constitucional ou infraconstitucional, conforme constante das alíneas “a” dos referidos dispositivos, sendo que os demais casos se relacionam ao cabimento.<sup>935</sup>

Por sua vez, na interposição do recurso extraordinário, o parágrafo 3º do artigo 102 da CF exige que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas, nos termos do artigo 543-A do CPC. Trata-se, assim, de requisito de admissibilidade específico ao referido recurso<sup>936</sup>. Nesse passo, a simples falta de preliminar de demonstração de existência de repercussão geral gera a sua inadmissão.<sup>937</sup>

1.030 ao recurso especial ou extraordinário interposto contra acórdão proferido no julgamento de recurso interposto contra decisão interlocutória.”

<sup>933</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. [...]”

<sup>934</sup> “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. [...]”

<sup>935</sup> Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recursos e ações autônomas de impugnação*, cit., p. 222-223. Ver ainda: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. da obra Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 261.

<sup>936</sup> NCP: “Art. 1.048. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso: I - impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; II - contrariar tese fixada em julgamento de casos repetitivos; III - questionar decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. § 4º Negada a repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. § 5º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral,

Ademais, os recursos especiais e extraordinários exigem para o seu cabimento o esgotamento das vias ordinárias, de modo que a decisão recorrida deve ser final.<sup>938</sup>

Nesse passo, caso uma parte interponha um recurso excepcional e a outra oponha embargos de declaração, deve o recorrente do especial ou extraordinário ratificar as razões de recurso no momento oportuno, sob pena de inadmissão, conforme o enunciado da Súmula 418 do STJ.<sup>939</sup>

O juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais também comporta a análise do tipo de decisão recorrida, ou seja, se monocrática ou proferida por órgão colegiado. Nesse aspecto, há distinção entre o tratamento conferido aos recursos especiais e aos extraordinários. Naqueles não se admite que tenha por objeto uma decisão monocrática, enquanto que nestes últimos é possível em algumas situações, desde que se trate de decisão de única instância, como é o caso do artigo 34 da Lei n. 6.830/80.

Não obstante, também se admite a interposição de recurso especial ou extraordinário de decisões interlocutórias, nos termos do parágrafo 3º do artigo 542 do CPC, bem como do enunciado da Súmula n. 86 do STJ.<sup>940</sup>

Além disso, exige-se para a interposição dos recursos excepcionais o prequestionamento<sup>941</sup>. Embora o prequestionamento seja tratado como um requisito de admissibilidade ligado ao cabimento do recurso, ele na verdade é somente um meio de se indicar que a questão jurídica veiculada foi efetivamente decidida pelo tribunal *a quo*, ainda quando se trate de matéria meramente processual.<sup>942</sup>

a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.”

<sup>937</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 300.

<sup>938</sup> Súmula n. 281 do STF (13.12.1963): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

<sup>939</sup> Súmula n. 418 do STJ (03.03.2010, *DJe*, de 11.03.2010): “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.”

<sup>940</sup> Súmula n. 86 do STJ (18.06.1993, *DJ*, de 02.07.1993): “Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.”

<sup>941</sup> “No Brasil, desde 1891, a Constituição já exigia o prequestionamento para possibilitar a interposição do extraordinário. [...] Já com a Constituição Federal de 1988, que não menciona o termo ‘questionar’, seguiu-se, inicialmente, as tendências das Constituições anteriores, com o entendimento de que seria imprescindível ao cabimento do recurso extraordinário e do recurso especial o prequestionamento, mesmo em face da omissão constitucional.” (VINCENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi. *A complexidade da Ordem Pública entre outras culturas. Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jun. 2009, p. 25. <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>>. Acesso em: 15 jan. 2014).

<sup>942</sup> Acerca da possibilidade do princípio da fungibilidade sobre o prequestionamento quando houver divergências entre o conceito e a extensão do prequestionamento pelos órgãos judiciários, ver: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit., p. 416-420.

Todavia, dúvidas surgiram sobre a natureza do prequestionamento, existindo três hipóteses: a) consistiria em um ônus da parte em provocar a questão constitucional ou federal; b) seria apenas a necessidade de que a matéria tenha surgido na decisão recorrida, não importando se por provocação da parte ou por realização do próprio órgão jurisdicional; e, c) seria a conjugação dos dois itens anteriores, ou seja, a necessidade de a parte suscitar a questão acrescida do fato de a matéria constar da decisão recorrida.

Porém, o melhor posicionamento indica que o prequestionamento se realiza quando a questão constitucional ou federal restar decidida, independentemente de ter havido provocação prévia pela parte.<sup>943</sup>

Com efeito, não basta o assunto ter sido ventilado pelo recorrente nas vias ordinárias, sendo imperioso que tenha havido uma cognição judicial sobre o tema e que ele conste da decisão impugnada.

A doutrina classifica o prequestionamento em: a) *numérico*, relativo à menção, no julgamento atacado, do dispositivo legal questionado<sup>944</sup>; b) *explícito*, quando a matéria é resolvida no julgado, ainda que sem mencionar o preceito legal violado; c) *implícito*, se a questão não é solucionada na decisão recorrida, embora constante das alegações do recorrente<sup>945</sup>; e, d) *ficto*, quando o tema não consta do julgamento recorrido, nem mesmo após a oposição de embargos declaratórios, de modo que o desprovimento dos embargos fundados na omissão sobre o ponto constitucional ou infraconstitucional indicaria um pronunciamento contrário ao embargante.<sup>946</sup>

Sobre o prequestionamento numérico, tanto o STF quanto o STJ consideram dispensável a indicação do preceito legal na decisão recorrida<sup>947</sup>, desde que o seu conteúdo

<sup>943</sup> Nesse sentido, ver: MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. 6. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 109-116. (Coleção Recursos no Processo Civil).

<sup>944</sup> Sobre esse aspecto adverte Leonardo José Carneiro da Cunha: “Na verdade, o que importa, para o cabimento dos recursos especial e extraordinário, é que a matéria tenha sido versada no julgamento. O termo prequestionamento vem sendo utilizado como sinônimo de questão decidida, sendo irrelevante se esse prequestionamento é explícito, implícito ou numérico. O que importa, não custa repetir, é que o acórdão tenha enfrentado a questão, decidindo-a.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Prequestionamento e voto-vencido*. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1103/prequestionamento-e-voto-vencido>>. Acesso em: 15 mar. 2014).

<sup>945</sup> “Desse modo, a distinção entre prequestionamento explícito e implícito carece de sentido para aqueles que, como nós, utilizam a expressão prequestionamento com o significado de que deve haver decisão do tribunal local sobre a questão federal que se pretende discutir no especial. Com efeito, só se deve nominar dois institutos de forma diferente, se a elas correspondem realidades distintas.” (ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, p. 21, maio/jun. 2008).

<sup>946</sup> Sobre o tema, ver: SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. rev. e atual. à luz da Lei n. 12.322, de 2010. São Paulo: Saraiva; IDP, 2011. p. 693.

<sup>947</sup> “Em momento algum se depreende do Texto Constitucional a necessidade de menção ao dispositivo legal que se pretende dar por ofendido no recurso especial em acórdão prolatado pelo tribunal local. O que importa para



tenha sido efetivamente debatido e decidido. Registre-se, contudo, ser indispensável que a parte indique expressamente o dispositivo legal violado nas razões recursais.

Os tribunais superiores possuem posicionamentos antagônicos sobre a aceitação dessas espécies de prequestionamento.

Com efeito, o STF admite o prequestionamento explícito<sup>948</sup> e o ficto<sup>949</sup>, não considerando o meramente numérico<sup>950</sup> e nem o implícito<sup>951</sup>. Além disso, se a questão constar

o fim de restar caracterizado o prequestionamento é saber se foi enfrentado pelo acórdão local o tema percutido no recurso especial, atinente à lei federal ou ao tratado.” (ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda, Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial, cit., p. 15).

<sup>948</sup> Súmula n. 282 do STF (13.12.1963): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” E também “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Nulidade de auto de infração e multa. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Interpretação de legislação infraconstitucional. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. 2. O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de declaração. 3. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. [...] In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: ‘Ação de nulidade de auto de infração. Multa – Procon – Princípio do informalismo predomina no processo administrativo – Reconhecimento de desrespeito do CDC – Art. 57, do CDC – A pena de multa é graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor – Obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade – Recurso improvido.’ 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF – AgR AI n. 752442, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.06.2013, *DJe*, de 12.08.2013).

<sup>949</sup> Súmula n. 356 do STF: (13.12.1963): “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

<sup>950</sup> Embora parte da doutrina também associe o prequestionamento explícito à indicação expressa do dispositivo legal tido por violado na decisão recorrida, o STF é firme em considerar essa classificação como sendo a ocorrência do efetivo debate e decisão sobre o tema, e não apenas o apontamento do preceito legal contrariado. É o que se extrai do seguinte julgado: “Recurso extraordinário. Processo civil e família. Divórcio litigioso. Partilha de bens. Procedimento. Ausência de prequestionamento dos preceitos da Constituição tidos como violados. Matérias infraconstitucionais. Ofensa reflexa. Agravo regimental desprovido. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivos constitucionais apontados como malferidos, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada[...] 4. Os princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da motivação das decisões judiciais, bem como os limites da coisa julgada, quando a verificação de sua ofensa dependa do reexame prévio de normas infraconstitucionais, revelam ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, não desafia a abertura da instância extraordinária. Precedentes. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (STF – AgR RE n. 670.881, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 12.06.2012, *DJe*, de 27.06.2012). Contudo, o STF exige que a parte mencione expressamente nas razões de recurso o preceito legal tido como violado: “Recurso extraordinário – Postulado constitucional da coisa julgada – Alegação de ofensa direta – Inocorrência – Limites objetivos – Tema de direito processual – Matéria infraconstitucional – Violação oblíqua à Constituição – Suposta transgressão ao preceito constitucional inscrito no art. 100 – Ausência de prequestionamento explícito – Pretendida aplicação, ao caso, do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 – Desrespeito à norma inscrita no art. 321 do RISTF – Incognoscibilidade do apelo extremo – Recurso improvido. - Se a discussão em torno da integridade da coisa julgada reclamar análise prévia e necessária dos requisitos legais, que, em nosso sistema jurídico, conformam o fenômeno processual da *res judicata*, revelar-se-á incabível o recurso extraordinário, eis que, em tal hipótese, a indagação em torno do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição – por supor o exame, *in concreto*, dos limites subjetivos (CPC, art. 472) e/ou objetivos (CPC, arts.

apenas do voto vencido, não será suficiente para a aferição do prequestionamento, considerado apenas em relação aos votos vencedores.<sup>952</sup>

De outra banda, o STJ só admite os prequestionamentos explícito e implícito<sup>953</sup>, mas não o numérico<sup>954</sup> e o ficto<sup>955</sup>. Sobre o fato de a questão constar apenas do voto vencido, o

468, 469, 470 e 474) da coisa julgada – traduzirá matéria revestida de caráter infraconstitucional, podendo configurar, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política, circunstância essa que torna inviável o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes. - A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza – ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica – a utilização do recurso extraordinário. - *Revela-se insuscetível de conhecimento o recurso extraordinário, sempre que a petição que o veicular não contiver a precisa indicação do dispositivo constitucional autorizador de sua interposição ou, então, não aludir ao preceito da Constituição alegadamente vulnerado pela decisão recorrida. Precedentes.*” (STF – AgR RE n. 681.953, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.09.2012, *DJe*, de 08.11.2012).

<sup>951</sup> “Recurso extraordinário – Matéria fática e legal. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. Recurso extraordinário – Prequestionamento – Configuração – Razão de ser. *O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema.* O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. Agravo – Artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil – Multa. Se o agravo é manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil, arcando a parte com o ônus decorrente da litigância de má-fé.” (STF – AgR ARE n. 738.182, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.2013, *DJe*, de 13.09.2013).

<sup>952</sup> “Constitucional. Voto vencido. Ausência de prequestionamento. Voto de qualidade. Fundamento em normas infraconstitucionais. Impossibilidade. Questão de ordem. Remessa ao pleno. indeferimento. Regimental improvido. I - O prequestionamento requer que, na decisão impugnada, haja sido adotada explicitamente a tese sobre a matéria do recurso extraordinário. II - *Se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido, isoladamente, tratou do tema constitucional suscitado no RE, não se tem por configurado o prequestionamento. Precedentes.* III - O Tribunal de origem decidiu a questão relativa ao voto de qualidade com base em normas infraconstitucionais, o que torna inviável o recurso. IV - Indeferimento de questão de ordem no sentido de se remeter o caso ao Pleno. V - Agravo regimental improvido.” (STF – AgR AI n. 682.486, , Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

<sup>953</sup> “Processual civil e tributário. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Art. 876 do CC. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Convênio 66/1988. ICMS. Passagens aéreas. Repasse. Legitimidade ativa *ad causam*. Necessidade de comprovação do repasse. Necessidade de reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Razões recursais dissociadas da fundamentação do acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 283 e 284 do STF. Divergência jurisprudencial não conhecida. 1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou os temas abordados no recurso de apelação. 2. *A configuração do prequestionamento pressupõe debate e decisão prévios pelo colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a análise sobre a violação dos preceitos evocados pela recorrente.* 3. *Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, o art. 876 do Código Civil. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal.* 4. No caso dos autos, o Tribunal de origem expressamente assenta que as provas contidas nos autos não são hábeis a configurar a legitimidade ativa *ad causam*, pois não demonstram que o autor assumiu o pagamento da exação. Incidência da Súmula 7/STJ. [...]. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR AREsp n. 438.863/PR, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 25.02.2014, *DJe*, de 07.03.2014).

<sup>954</sup> “Constitucional e administrativo. Ação civil pública por improbidade. Contratações sem concurso público ocorridas antes da Constituição de 1988 e mantidas após sua promulgação. Violação do art. 535 CPC. Inocorrência. Acórdão que expressamente afasta o elemento subjetivo. Revisão. Inviabilidade. Súmula 7/STJ. 1. Não se ressente de nulidade por ofensa ao art. 535 do CPC o acórdão que analisa as questões com fundamentação suficiente, embora decida de modo desfavorável ao recorrente. *Desnecessidade de*

STJ possui o mesmo entendimento do STF, no sentido de que não atende ao requisito do prequestionamento.<sup>956</sup>

Ainda no tocante ao cabimento dos recursos excepcionais, os tribunais superiores têm exigido uma fundamentação adequada<sup>957</sup> e abrangente por parte do recorrente, que deve impugnar de forma clara todos os fundamentos capazes de sustentar a decisão ou o acórdão<sup>958</sup>, não podendo se resumir em lançar mão apenas de um dos fundamentos possíveis, devendo também indicar o dispositivo legal violado<sup>959</sup>, sob pena de não conhecimento do recurso, por ausência de interesse recursal.

Importante ressaltar que não se aplica aos recursos excepcionais o efeito translativo, que autoriza o conhecimento de questões de ordem pública a qualquer tempo pelo juiz, mesmo sem provocação da parte, porque a devolutividade nesses recursos é restrita à dimensão horizontal, não sendo possível a devolução da matéria em sua profundidade.<sup>960</sup>

O tratamento, como se vê, é contrário ao dispensado aos recursos ordinários, em que não se admite a interposição de recurso dos fundamentos da decisão, mas apenas da parte dispositiva, e cujo efeito devolutivo já envolve todos os fundamentos, impugnados ou não no recurso.

*prequestionamento numérico. Precedentes.* Pretensão integrativa que, in casu, vincula-se ao reexame do mérito recursal. Descabimento. 2. No julgamento do Recurso Especial 765.212/AC (DJE 19.05.2010), a Segunda Turma do STJ modificou sua orientação para concluir pela necessidade de identificar-se na conduta do agente público, pelo menos, o dolo genérico, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores. [...]. Recurso Especial não provido. (STJ – REsp n. 1.319.541/MT, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.08.2013, DJe, de 18.09.2013).

<sup>955</sup> Súmula n. 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

<sup>956</sup> Súmula n. 320 do STJ (05.10.2005, DJ, de 18.10.2005): “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.”

<sup>957</sup> Súmula n. 284 do STF (13.12.1963): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

<sup>958</sup> Súmula n. 283 do STF (13.12.1963): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

<sup>959</sup> “Agravamento regimental no agravo de instrumento. Recurso especial intempestivo na origem. Embargos declaratórios opostos por parte ilegítima. Alegação de erro material. Ausência de prequestionamento. 1. Os primeiros embargos de declaração opostos na instância de origem não foram conhecidos porque opostos por terceiro estranho à lide, carente de legitimidade. Nesse caso, referidos embargos não interrompem ou suspendem o prazo recursal, sendo considerado intempestivo o recurso especial interposto após decorrido o prazo de 15 (quinze) dias seguintes à publicação do acórdão da apelação. 2. O alegado erro material na petição dos embargos declaratórios não foi objeto de exame no aresto recorrido, ausente, assim, o indispensável prequestionamento. Precedente. 3. *Nas razões do recurso especial não há indicação expressa e específica do dispositivo de lei federal considerado violado pelo acórdão recorrido, defeito que impede o conhecimento do apelo pelo óbice da Súmula n.º 284/STF mesmo quando fundado apenas em dissídio pretoriano.* 4. Agravo regimental não provido.” (AgR Ag n. 1.177.165/MT, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.09.2013, DJe, de 12.09.2013).

<sup>960</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, cit, p. 355-359.

Dessa forma, ao interpor recurso especial ou extraordinário, deve a parte dispor todos os fundamentos de sustentação da decisão atacada<sup>961</sup>, sendo o descumprimento dessa exigência causa de inadmissão do recurso.

Denota-se, pois, que a interposição de recurso especial ou extraordinário demanda, além do atendimento dos requisitos de admissibilidade gerais, o cumprimento de certas exigências específicas para o seu conhecimento, ensejando um filtro recursal bem mais complexo, que se tem chamado de jurisprudência defensiva.

De qualquer modo, os requisitos de admissibilidade são considerados questões de ordem pública, autorizando o seu conhecimento de ofício pelo magistrado.

Por fim, resta uma breve análise sobre as alterações previstas no Projeto de Novo CPC sobre o tema.

Conforme visto, o atual sistema processual dos recursos excepcionais é bastante rígido quanto às hipóteses de cabimento, especialmente em relação à devolução de matérias aos tribunais superiores e à disposição da fundamentação que deve ser feita pelo recorrente.

Todavia, a nova lei traz uma maior flexibilidade quanto a essas exigências legais, permitindo a adequação do defeito pela parte e o aproveitamento do ato recursal.

Com efeito, de acordo com o parágrafo 3º do artigo 1.042 do NCPC, o STF ou STJ “poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar a sua correção, desde que não o repute grave”.

Observa-se pois que, ultrapassada a análise da tempestividade, eventual defeito relativo aos demais requisitos de admissibilidade recursal poderá ser corrigido pela parte, demonstrando que também no âmbito dos tribunais superiores, o princípio da instrumentalidade encontrará espaço, o que não ocorre nos dias de hoje, restando apenas saber como os referidos órgãos se portarão na interpretação da gravidade dos vícios, o que, dependendo da rigidez aplicada, poderá frustrar a intenção legislativa.

Ademais, pelo novo Código, o relator do recurso especial, caso entendesse se tratar de questão constitucional, estaria autorizado a aplicar a fungibilidade recursal, concedendo prazo para que o recorrente adequasse às exigências do recurso extraordinário, o que, se cumprido, enseja a remessa do recurso ao STF.<sup>962</sup>

---

<sup>961</sup> Súmula n. 126 do STJ (09.03.1995, *DJ*, de 21.03.1995): “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

<sup>962</sup> NCPC: “Art. 1.045. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao

Do mesmo modo, se em recurso extraordinário o relator considerar que o caso envolve a revisão de lei federal ou de tratado e apenas como reflexa a ofensa à Constituição, também poderá remetê-lo ao STJ para processamento e julgamento.<sup>963</sup>

Não obstante, a regra atual de que o recorrente deve lançar mão de todos os fundamentos que embasam a decisão impugnada, sob pena de não conhecimento, não foi mantida no NCPC.

Destarte, pelo novo dispositivo, admitido o recurso por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais, tendo como consequências: a) o alargamento da profundidade do efeito devolutivo nos recursos excepcionais, e permitindo b) a atenuação o juízo de admissibilidade do recurso, no que tange à exigência da presença de todos os fundamentos cabíveis nas razões recursais; e, c) o esvaziamento do prequestionamento, ao menos se comparado aos moldes em vigor.<sup>964</sup>

## 7.5 Ordem pública processual e efeito translativo dos recursos

O efeito translativo dos recursos consiste, em linhas gerais, na possibilidade de se conhecer de questões de ordem pública ou de interesse público no âmbito recursal, em decorrência do efeito devolutivo.

Além disso, o efeito devolutivo pode ser analisado sob o viés de sua extensão e também de sua profundidade<sup>965</sup>. A extensão do efeito devolutivo está relacionada às matérias que podem ser transferidas do juízo originário para a instância superior pela interposição de

Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.”

<sup>963</sup> NCPC: “Art. 1.046. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.”

<sup>964</sup> NCPC: “Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito. Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado.”

<sup>965</sup> “Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Violação do art. 535 do CPC. Não Ocorrência. Inovação em sede recursal. Impossibilidade. Cisão da Telebrás. Sucessão da Brasil Telecom em direitos e obrigações das empresas sucedidas. Subscrição de ações. Complementação. Valor patrimonial da época da integralização. Súmula n. 371/STJ. Obrigação de fazer. Sentença mantida. 1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. *Matéria de ordem pública da qual se pode conhecer em qualquer instância de julgamento e por força do efeito translativo dos recursos é aquela que se sobrepõe ao interesse das partes e cujo exame se justifica pela necessidade de salvaguardar o ordenamento jurídico como um todo, e não os interesses individuais e privados.* 3. O valor patrimonial da ação deverá ser apurado de acordo com o balancete mensal da companhia, realizado quando do aporte do capital (Súmula n. 371 do STJ). 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgR AREsp n. 343.989/DF, Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2013, *DJe*, de 11.11.2013).

recurso. Já a sua profundidade diz respeito à amplitude cognitiva do juiz em relação a cada questão impugnada.

O efeito translativo se refere à possibilidade de o órgão recursal apreciar questões de ordem pública ou de interesse público que não foram suscitadas pelo recorrente, sendo, pois, uma consequência da profundidade do efeito devolutivo.<sup>966</sup>

Assim é que as questões de ordem pública, ainda que não levantadas em grau recursal, podem ser objeto de cognição judicial, uma vez que são devolvidas à instância hierarquicamente superior, por meio do que se denomina de efeito translativo dos recursos.

Destarte, esse efeito autoriza o tribunal a apreciar de ofício questões de ordem pública e de interesse público que não constaram das razões recursais ou de qualquer outro tipo de provocação das partes, não importando, ainda, se foram ou não apreciadas pelo juiz originário.

Todavia, no âmbito recursal, três situações devem ser consideradas na aplicação do efeito translativo: a) as questões de ordem pública vão perdendo força a cada fase recursal ultrapassada; b) os capítulos da sentença impugnada podem ser considerados isoladamente, devendo ser analisado até que ponto as questões de ordem pública de um capítulo atinge os demais; e c) existe diferença de tratamento dessas questões entre a instância ordinária e a extraordinária, já que nesta última há divergências sobre a aplicação do efeito translativo, cuja incidência, em princípio, se limitaria aos recursos ordinários.

Portanto, esses três aspectos diferenciados dão o contorno da funcionalidade da ordem pública processual na esfera recursal, de modo a demandar um estudo criterioso do tema e seus reflexos processuais.

### 7.5.1 Ordem pública processual e sua decrescente importância no processo

As questões de ordem pública e de interesse público têm como função primordial zelar pela regularidade do desenvolvimento da relação jurídica processual, por meio da observância

---

<sup>966</sup> “[...] o chamado *efeito translativo* do recurso nada mais é do que uma decorrência natural da profundidade do seu *efeito devolutivo*, razão pela qual o órgão *ad quem* só pode conhecer de ofício de determinadas matérias, na medida de sua vinculação a capítulo decisório atacado pelo recurso. Em outras palavras, a devolução compreende todas as questões, discutidas ou não pelas partes, *relativas às partes impugnadas da decisão* [...] o reconhecimento *ex officio* de determinadas matérias não pode avançar sobre os capítulos de sentença não impugnados, já que transitam em julgado. Pensar diferente vai de encontro aos princípios da segurança jurídica e da efetividade da tutela jurisdicional.” (FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, RS, v. 4, n. 21, p. 97-98, nov./dez. 2007).

das garantias constitucionais e processuais, assegurando o equilíbrio das partes e a validade dos atos processuais.

Para que essas questões possam cumprir tal tarefa, é fundamental que haja a tempestiva apreciação pelo juiz de qualquer vício que surja durante o processo. A maior eficiência das questões de ordem pública e de interesse público está diretamente relacionada com a precocidade do momento em que a irregularidade é detectada e sanada, pois permite que o processo transcorra sem arestas, as quais, se identificadas tardiamente, podem comprometer todo o procedimento até então desenvolvido, em prejuízo de tempo, custo e energia para as partes e também para a máquina judiciária.

Daí a importância de se exaurir essas questões em primeiro grau de jurisdição, até a prolação da sentença, uma vez que, no âmbito recursal, a matéria ganha uma nova perspectiva.

Com efeito, na medida que as instâncias vão sendo ultrapassadas, as questões de ordem pública e de interesse público vão perdendo sentido e importância para os recursos ordinários e extraordinários, crescendo a responsabilidade e o dever do magistrado de excepcionar sua aplicação para permitir que a decisão de mérito se confirme ou então que seja alterada apenas em seus aspectos substanciais, estabilizando, assim, a superação das fases de análise e incidência das questões processuais.

Dessa forma, em primeiro grau de jurisdição, as questões de ordem pública e de interesse público contam com uma cognição exauriente vertical e horizontal. Em sede de recursos ordinários, seja em razão da delimitação do efeito devolutivo, seja pela existência de uma sentença resolutiva de mérito, as referidas questões passam a ser examinadas com mais restrição, e efetivamente perdem espaço como qualidade de controle da regularidade processual.

No âmbito dos recursos excepcionais, o conhecimento e reconhecimento das questões de ordem pública e de interesse público devem se tornar hipóteses de absoluta exceção para o julgador, seja em razão da questão de mérito já ter sido submetida a duas instâncias e, em especial, a uma apreciação colegiada, seja pela própria função dos referidos recursos para o sistema processual.<sup>967</sup>

Em outros termos, a cada instância recursal superada, as questões de ordem pública e de interesse público perdem força e funcionalidade para o processo, de modo que não devem

---

<sup>967</sup> Sobre as funções dos recursos excepcionais, ver: MEDINA, José Miguel Garcia, *Prequestionamento e repercussão geral*: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário, cit., p. 24-25.

comprometer a atividade jurisdicional até então realizada, estreitando seu campo de atuação pela via da devolutividade recursal.

Há, portanto, uma perda gradativa de relevância da função da ordem pública processual como técnica de controle da regularidade de processo, com o enaltecimento e prestígio do julgamento das questões meritórias. Trata-se, pois, de premissa que deve ser observada.

Não obstante, sabe-se que, no âmbito dos recursos ordinários e excepcionais, ao lado do controle das questões de ordem pública e de interesse público, existem os requisitos próprios de admissibilidade recursal, que passam a integrar o rol dos deveres de apreciação jurisdicional oficiosa, e que são independentes das questões processuais apreciadas em outras instâncias.

Esses filtros recursais que impedem o conhecimento de um recurso também podem ser devolvidos à instância superior para discussão, mas não comprometem a premissa ora estabelecida, de que continuará existindo o comprometimento judicial em sanar o eventual vício e salvar o julgamento que apreciou o mérito.

Deixe-se assente, ainda, que esses requisitos recursais têm sido cada vez mais ampliados por política legislativa ou judiciária, e seu exagero pode levar a uma limitação recursal inconstitucional.

### 7.5.2 Questões de ordem pública e de interesse público e os capítulos da sentença

As questões de ordem pública ou de interesse público, em razão de sua importância e de seus reflexos para o sistema processual, ainda demandam um amadurecimento dos operadores do direito a respeito de sua extensão no âmbito recursal porque a falta de uma melhor sistematização da matéria tem gerado uma aplicação equivocada dessa técnica de controle judicial em relação aos diferentes capítulos da sentença ou do acórdão, com consequências que se afastam dos escopos do processo e ainda violam a segurança jurídica, o devido processo legal e a eficiência.

Como se sabe, a sentença pode ser parcial ou total, conforme a abrangência do juízo cognitivo do juiz sobre as demandas judicializadas em um único procedimento. Todavia, é possível que alguns desses pedidos sejam julgados isoladamente, em momento distinto dos demais, como é a hipótese de se antecipar os efeitos de um ou mais pedidos, ou parte deles, quando incontroversos (art. 273, § 6º, do CPC).



Assim, a admissão de cumulação de pedidos em um único procedimento, em razão de economia processual e da efetividade, não justifica que vícios concernentes a um pleito interfiram na solução de outro, quando puderem ser considerados separadamente, em especial após a prolação da sentença.

Em outros termos, na fase inicial de conhecimento, o juiz deve controlar de forma adequada e eficaz a existência de questões de ordem pública ou de interesse público capazes de macular os atos e/ou o procedimento. Superado esse momento, e com a prolação da sentença, inicia-se um novo modelo de controle, restringindo a técnica a cada um dos capítulos examinados na sentença, que passam a ser considerados isoladamente, embora também deva-se avaliar até que ponto as questões de um capítulo afetam os demais.

Se a conclusão for pela não interferência do vício de um capítulo em outro, ou seja, se o defeito puder ser restrito à situação jurídica de um capítulo específico, não deve o magistrado estender os efeitos da irregularidade a questões que não precisam ser atingidas e que podem sobreviver autonomamente no processo.<sup>968</sup>

Essa tendência tem sido absorvida pela doutrina<sup>969</sup> e também foi acatada pelo NCCP<sup>970</sup>, aumentando-se cada vez mais a responsabilidade de o magistrado identificar e isolar os pedidos formulados na demanda, para que cada um deles possa ser avaliado de forma e em momentos distintos.

Como se vê, essa concepção altera substancialmente o comportamento dos sujeitos processuais e o modo de se enfrentar a demanda, tanto em primeiro grau de jurisdição quanto nos demais, e representa um novo paradigma processual, lastreado na busca da concreta efetividade.

---

<sup>968</sup> “As questões de ordem pública são, portanto, examinadas em relação aos capítulos de mérito, isoladamente considerados. [...]”. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 199).

<sup>969</sup> Sobre o assunto, ver: SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. *Sentenças parciais no processo civil: consequências no âmbito recursal*. São Paulo: Método, 2009. (Coleção Professor Arruda Alvim). Ver também: ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo: Técnicas de Direito Processual).

<sup>970</sup> “Art. 363. O juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 362. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. Se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 3º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 4º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

Assim é que o dogma da unidade da sentença<sup>971</sup> cede espaço à consideração de julgamentos fracionados, ensejando sentenças parciais, de acordo com os pedidos apresentados, podendo ainda haver o fracionamento de cada pedido.

Essa situação atingirá de imediato os contornos do efeito translativo até então estabelecidos, restringindo a sua aplicação ao conteúdo de cada decisão impugnada e afastando a contaminação dos demais pedidos.

Nesse contexto, o efeito translativo pleno e automático, que se vê na atualidade em relação ao conhecimento de ofício de questões de ordem pública e de interesse público na esfera recursal – especialmente nos recursos ordinários –, ficará limitado ao objeto da decisão recorrida, não afetando outros capítulos ou pronunciamentos independentes.

Desse modo, os vícios concernentes a uma questão impugnada não poderão ser estendidos aos demais objetos do processo e ainda será permitida a solução individual de cada demanda do autor, ao contrário do que se vê na atualidade, em que o reconhecimento de um defeito serve de motivo para a anulação de todo o procedimento, indistintamente.

Como consequência, será possível a formação gradual da coisa julgada material, com repercussão, por óbvio, no sistema recursal e no prazo de interposição da ação rescisória<sup>972</sup>, demandando, pois, um amadurecimento da doutrina e da jurisprudência, especialmente após a entrada em vigor do NCPC.<sup>973</sup>

### 7.5.3 O tratamento das questões de ordem pública e de interesse público na esfera recursal

---

<sup>971</sup> “Mister frisarmos, nesse sentido, que considerando a possibilidade de existir em um determinado processo mais de uma decisão de mérito, interlocutória ou não, mais de uma ação rescisória deverá ser manejada, sempre com base no art. 485 do CPC, para eventual desconstituição da coisa julgada material formada. Assim, na esteira das lições dos ilustres processualistas Pontes de Miranda e Humberto Theodoro Júnior, para fins deste estudo, não obstante a recente posição assumida pela Corte Especial do STJ, a ação rescisória contra a decisão interlocutória de mérito deve conviver com outras ações rescisórias eventualmente manejadas contra a sentença ou acórdão do mesmo processo. Portanto, a decisão interlocutória de mérito transitada em julgado se dissocia do processo e assume caráter definitivo, com eficácia própria. E mesmo entendendo o STJ que a ‘sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa’, como visto, posicionou-se no sentido de que caso haja questões de mérito analisadas fora da sentença, essas decisões, proferidas fora do momento final do processo, seriam partes indissociáveis de um todo, denominado sentença, esta, sim, uma e indivisível em si mesma considerada e apta a gerar a coisa julgada material. Portanto, para o STJ ‘havendo um único processo e uma única sentença, não há de se cogitar em coisa material progressiva.’” (SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O trânsito em julgado progressivo da decisão de mérito: uma visão da ótica das decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 202, p. 393, dez. 2011).

<sup>972</sup> Tratando do tema de forma singular, ver: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 141, p. 7-19, nov. 2006.

### 7.5.3.1 Recursos ordinários

O tratamento das questões de ordem pública e de interesse público no âmbito dos recursos ordinários é distinto do realizado nos recursos excepcionais, especialmente em razão de existir divergências nestes últimos quanto ao chamado efeito translativo<sup>974</sup> porque o efeito translativo aplica-se automaticamente nos recursos ordinários e opera em todas as espécies recursais. Assim, apelação, agravo, embargos de declaração e embargos infringentes<sup>975</sup> são todos afetados pelo efeito translativo, permitindo que as questões de ordem pública ou de interesse público sejam transferidas para a análise da instância superior, bem como que persistam durante a interposição de todos os recursos cabíveis.<sup>976</sup>

<sup>973</sup> Sobre o novo sistema preclusivo previsto no NCPC, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier, Preclusão e decisão interlocutória no projeto do novo CPC, in *O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica*, cit., v. 1, p. 195-235.

<sup>974</sup> “*Administrativo e processual civil. Indenização por danos patrimoniais. Responsabilidade civil do Estado. Ônus da impugnação específica. Presunção de veracidade dos fatos. Inaplicabilidade à Fazenda Pública. Direito indisponível. Violação do direito de defesa e do contraditório. Matéria de ordem pública. Anulação da prova pericial de ofício pelo tribunal no julgamento da remessa necessária. Possibilidade.* 1. Assiste razão ao agravante quando afirma que não se aplica a Súmula nº 7/STJ, pois o que está em discussão não é a apreciação do conjunto probatório, mas, sim, os poderes do julgador para, em remessa necessária, anular a prova pericial sem que tal medida tenha sido requerida pela União. 2. Cabe ao réu, nos termos do art. 302 do CPC, manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial, sob pena de recair sobre eles a presunção de veracidade. Tal presunção, todavia, não se opera se não for admissível, a respeito dos fatos não impugnados, a confissão (art. 302, I do CPC). 3. O direito tutelado pela Fazenda Pública é indisponível e, como tal, não é admissível, quanto aos fatos que lhe dizem respeito, a confissão. Por esta razão, a condição peculiar que ocupa a Fazenda Pública impede que a não impugnação específica dos fatos gere a incontrovérsia destes. 4. A remessa necessária devolve ao Tribunal não apenas as matérias que foram suscitadas pelas partes e decididas na sentença, mas também, em razão do efeito translativo, as questões de ordem pública, ainda que estas não tenham sido objeto de impugnação. 5. No caso dos autos, segundo o Tribunal de origem, a prova pericial foi elaborada sem a análise de documentos imprescindíveis à quantificação do alegado prejuízo, e que, por ausentes, comprometeram o direito de defesa da ré. Para a Corte *a quo*, a não exibição dos contratos de cessão de crédito violou o princípio do contraditório e impediu que a União conhecesse da documentação que gerou a condenação ‘em mais de centena de milhões de reais’. 6. O malferimento do direito de defesa gera a nulidade absoluta, pois não lesiona apenas o interesse individual das partes. Ao contrário, o dano ocasionado tem idoneidade para implodir toda a estrutura do sistema processual idealizado pela Carta da República. 7. Não é por outra razão que a nulidade por lesão ao direito de defesa e ao contraditório constitui matéria de ordem pública, passível de ser decretada de ofício pelo Tribunal quando do julgamento da remessa necessária, ainda que a Fazenda Pública não tenha suscitado tal medida. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR REsp n. 1.187.684/SP (2010/0060359-9), Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.05.2012, DJe, de 29.05.2012).

<sup>975</sup> “Todavia, não parece errôneo concluir, que na ocorrência de nulidade absoluta, considerada questão de ordem pública, só detectada em sede do julgamento de embargos infringentes, o tribunal, ao proclamá-la, não estará infringindo seu limite de atividade, decorrente do efeito devolutivo restrito dos embargos, até porque, em relação a tais questões de ordem pública, não ocorre o fenômeno da preclusão.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. *Revista de Processo*, ano 17, v. 67, p. 31, jul./set. 1992).

<sup>976</sup> “Elegemos, dessa forma, a primeira corrente, que atende a dois princípios constitucionais fundamentais: a ampla defesa e a celeridade. Negar a apreciação de uma questão de ordem pública retira da parte a possibilidade de se defender com todas as armas de que dispõe e transfere à eventual ação rescisória a solução que deveria ter sido dada no processo originário ou possibilita que uma decisão nula alcance a autoridade de coisa julgada.” (KNOCH, Myllenade Carvalho, Os embargos infringentes e as questões de ordem pública. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, p. 115, 2009).

Nesse passo, o limite temporal da devolução automática dessas questões é o último recurso interposto na instância ordinária, sendo que, após esse momento, o efeito translativo muda de contorno, conforme se verá mais adiante.

Dessa forma, a atuação oficiosa do magistrado em relação às questões de ordem pública e de interesse público pode ocorrer em qualquer dos recursos inerentes à instância ordinária e o eventual julgamento deve considerar ao máximo a prevalência da decisão meritória, evitando anulações e retrocessos desnecessários, especialmente quando o processo atingir a sua finalidade e não acarretar prejuízo às partes<sup>977</sup>, atendendo-se à premissa anteriormente mencionada, concernente à decrescente importância dos vícios processuais e à necessidade de prestigiar a decisão de primeiro grau de jurisdição.

Por sua vez, o controle judicial das questões de ordem pública ou interesse público<sup>978</sup> no âmbito dos recursos deve ocorrer de forma eficiente e tempestiva, de modo a sanear o processo e a evitar que defeitos processuais sejam reconhecidos tardiamente, como, por exemplo, somente na oportunidade dos embargos infringentes, ou seja, após várias etapas recursais já terem ocorrido e sido superadas.

Ademais, também na esfera recursal se mostra imprescindível que o relator oportunize o contraditório das partes quando do apontamento de uma questão de ordem pública, permitindo, assim, a participação das partes na formação da convicção judicial.

Ressalte-se, ainda, que o fato de o efeito translativo operar em todas as espécies de recursos ordinários cabíveis não autoriza o relator que já firmou entendimento sobre determinada questão de ordem pública a reapreciá-la, mudando o posicionamento anteriormente proferido, salvo se houver algum fato novo justificador<sup>979</sup>, tendo em vista a ocorrência da preclusão judicial sobre a matéria, em respeito à segurança jurídica.

---

<sup>977</sup> “Tais conclusões aplicam-se também à hipótese em que o vício é detectado em sede recursal. Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 389).

<sup>978</sup> Ao tratar da hipótese excepcional do artigo 112 do CPC, em que a alteração legal não implica a modificação substancial dos institutos, Daniel Amorim diz que: “Não é a primeira vez que o legislador confunde a natureza da matéria e a possibilidade de seu reconhecimento de ofício para resolver problemas práticos. No art. 526, parágrafo único, do CPC, criou-se uma interessante hipótese de requisito de admissibilidade recursal que somente poderá ser conhecida pelo juiz se alegada pela parte interessada. É de fato curioso, já que os requisitos de admissibilidade são matérias de ordem pública, devendo o juiz conhecê-las de ofício, o que não ocorre na hipótese prevista pelo artigo comentado. Não deixa de ser, no mínimo, uma confusão entre natureza de matéria e condições para seu reconhecimento de ofício.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Competência no processo civil*, cit., p. 51).

<sup>979</sup> “*Processual civil. Agravo interno. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual. Acórdão. Embargos de declaração. Ilegitimidade passiva. Intento de ver-se substituir por novo litigante. Inovação de fatos. I - A questão de ordem pública, referente a legitimidade de parte, argüida somente em sede de embargos de declaração, carreando-se material probatório aos autos, foge ao objeto de cognição posta inicialmente ao*

Portanto, o adequado e tempestivo controle judicial da regularidade do processo é fundamental para o alcance da efetividade e da justiça.

### 7.5.3.2 Recursos excepcionais

Conforme já adiantado, o efeito translativo possui ampla e irrestrita aplicação no âmbito dos recursos ordinários, mas são controvertidos em sede de recursos excepcionais, em razão das peculiaridades que envolvem essas espécies recursais.

O tratamento das questões de ordem pública e de interesse público nos recursos excepcionais pode se dar de duas formas: a) a questão constitui objeto do recurso especial ou extraordinário e foi devidamente prequestionada; e, b) o recurso excepcional possui como objeto outro fundamento e a questão não foi suscitada ou decidida anteriormente.

No primeiro caso, quando a questão de ordem pública ou de interesse público constitui o próprio fundamento do recurso, ela deve ser prequestionada<sup>980</sup>, ou seja, deve ser anteriormente provocada e debatida na esfera dos recursos ordinários, para posteriormente passar a integrar o objeto do recurso excepcional, sob pena de não cabimento do recurso. Nesse caso, não haverá qualquer objeção ou limitação quanto à apreciação do tema pela instância superior, que dependerá, apenas, de ser admitido.

Contudo, a controvérsia surge em relação à segunda hipótese, em que a questão de ordem pública ou de interesse público não integra inicialmente o fundamento do recurso e nem é prequestionada<sup>981</sup>. Há divergência quanto aos tribunais superiores poderem ou não

---

*Juiz, que, no caso, não estará obrigado a um pronunciamento, de ofício. II - Sendo estranha aos autos a questão posta em embargos de declaração, mesmo que seja questão de ordem pública, analisada até mesmo de ofício pelo magistrado, não há como reputar-se ofendido o art. 535, do Código de Processual Civil, pois não haveria nenhuma obscuridade, omissão ou contradição a ser sanada. III - Agravo regimental desprovido. (STJ – AgR AG n. 458748/MS, Terceira Turma, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 05.10.2004, DJU, de 06.12.2004, p. 284).*

<sup>980</sup> “Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Matéria de ordem pública. Necessidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. 2. Pacífica a jurisprudência desta corte no sentido de que, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, é necessário o seu exame na instância de origem para que se viabilize o recurso extraordinário. 3. Agravo regimental não provido.” (STF – AgR AI n. 836.359/CE, Primeira Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 06.12.2011, DJe, de 01.02.2012, p. 82).

<sup>981</sup> “A Constituição Federal de 1988 consagra o requisito do prequestionamento ao exigir que somente as causas decididas desafiem o recurso extraordinário e o recurso especial. Faz mais, pois não se limita a esta exigência. Relaciona, em *numerus clausus*, os tipos de vícios que podem ser invocados contra aquelas decisões, tonando os recursos excepcionais o exemplo mais típico de recursos de fundamentação vinculada existentes em nosso ordenamento.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 222-223).

conhecer dessas matérias pela primeira vez e, em caso positivo, se seria de ofício ou dependeria de provocação da parte.

A dúvida ocorre principalmente em razão das oscilações e divergências de entendimento entre o STF e o STJ acerca da profundidade do efeito devolutivo, no tocante às questões de ordem pública, o que acaba contaminando a doutrina<sup>982</sup>, que por sua vez também tem apresentado manifestações distintas sobre o tema.

De um lado, defende-se a possibilidade de as questões de ordem pública e de interesse público<sup>983</sup> serem reconhecidas de ofício<sup>984</sup>, em qualquer grau de jurisdição, inclusive em sede de recursos excepcionais, independentemente de provocação ou de prequestionamento<sup>985</sup> sobre o assunto, aplicando-se, portanto, o efeito translativo<sup>986</sup> em igual extensão ao dos

<sup>982</sup> “Segundo nos parece, não há exceções a essa regra de que o STJ, no bojo de recurso especial, só pode enfrentar matéria federal que tenha sido previamente discutida pelo tribunal local. Nem mesmo nas precitadas hipóteses do § 3º do art. 267, por exemplo, será dado ao STJ, quando julga recurso especial, apreciar questão federal em primeira mão. Isso porque, segundo entendemos, o recurso especial não possui efeito translativo, não se aplicando a ele regras como aquela plasmada no § 3º do art. 267 do CPC. Há, todavia, decisões em sentido diverso, na linha de que, desde que o recurso especial seja conhecido, é possível, por exemplo, ao Superior Tribunal de Justiça pronunciar-se de ofício no julgamento de recurso especial sobre as matérias elencadas no § 3º do art. 267 do CPC. Em outros julgados, o STJ vem admitindo o efeito translativo do especial.” (ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda, Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial, cit., p. 10-11).

<sup>983</sup> “Em resumo, é de ordem pública a questão que versa sobre matéria inderrogável e inafastável pelas partes, em razão do interesse público prevalente que nela se expressa, sendo que, no âmbito do Recurso Especial, são de ordem pública as questões enumeradas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as que versam sobre nulidade absoluta e relativa (art. 245, parágrafo único) e as presentes em outras situações que também não precluem para o juiz (v.g. inconstitucionalidade da lei, intempestividade do recurso), apreciáveis de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso Especial: questão de ordem pública: prequestionamento. p. 10-11. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso\\_Especial\\_Questao\\_Ordem\\_P%c3%bablic\\_a.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso_Especial_Questao_Ordem_P%c3%bablic_a.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 08 set. 2013).

<sup>984</sup> “Na verdade, a razão de ser da possibilidade de o julgador conhecer das matérias de ordem pública nos diversos graus de jurisdição vai muito além do simples imperativo legal: diz respeito a uma diretiva superior, relacionada com o papel do juiz no processo civil moderno.” (MALACHINI, Edson Ribas. *Alegações impreluíveis e dever judicial de cognição ex officio*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41).

<sup>985</sup> “Considerando as divergências conceituais já expostas; a instrumentalidade do processo, para que seja atingida prestação jurisdicional com qualidade; a tendência de certo afastamento do princípio do dispositivo com conseqüente aproximação do princípio da livre investigação das provas; a busca da verdade real, não só no processo penal, como também no processo civil; as recentes alterações do processo, sempre no sentido de que seja obtida pelo jurisdicionado amplo acesso à ordem jurídica justa; somos pelo entendimento de que as questões de ordem pública, ainda que não tenham sido objeto de prequestionamento, sejam conhecidas em sede de recurso especial ou extraordinário.” (MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de. Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais de superposição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.437, p. 13, 8 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9992/questoes-de-ordem-publica-e-a-competencia-recursal-dos-tribunais-de-superposicao/2>>. Acesso em: 08 set. 2013).

<sup>986</sup> “Considerando que as normas que envolvem matérias de ordem pública decorrem do princípio do acesso à justiça, referidas normas possuem aplicação imediata, devendo os órgãos jurisdicionais, incluindo as Cortes Superiores, respeitá-las. Portanto, as matérias de ordem pública podem e devem ser conhecidas pelos Tribunais Superiores *ex officio*.” (QUINTELLA, Eliane Proscurcin, *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*, cit., p. 245).

recursos ordinários, podendo, inclusive, os tribunais superiores conhecerem pela primeira vez das mencionadas questões.

De outro, sustenta-se que as referidas questões só podem ser devolvidas aos tribunais superiores se tiver havido o prequestionamento, não sendo autorizado ao magistrado conhecer de ofício das matérias, mesmo após a admissão do recurso.<sup>987</sup>

Há também posição intermediária, que diz que, uma vez ultrapassada a fase de conhecimento do recurso excepcional em relação a um fundamento, o tribunal superior estaria autorizado a conhecer de ofício de questão de ordem pública e de interesse público, ainda que não realizado o prequestionamento dessas últimas.<sup>988</sup>

Assim, revela-se importante verificar os posicionamentos do STF e do STJ sobre o tema<sup>989</sup>, uma vez que eles próprios divergem sobre a questão.<sup>990</sup>

Com efeito, o STF editou a Súmula n. 456<sup>991</sup>, datada de 1964, que prevê: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”. Isso significa que se o recurso extraordinário for admitido, o STF julgará a causa examinando todas as questões relativas à aplicação do direito em espécie, inclusive as questões de ordem pública, e de ofício, limitado somente ao capítulo impugnado.

<sup>987</sup> No sentido de que as questões de ordem pública não podem ser levantadas pela primeira vez em grau de recurso extraordinário ou especial, mas apenas no ordinário, ver: NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, p. 34, out./dez. 1991.

<sup>988</sup> Rodrigo Freire assevera a possibilidade das questões de ordem pública serem analisadas via recurso extraordinário e recurso especial, ainda que não exista o pré-questionamento a respeito da falta de uma condição da ação ou de um pressuposto processual, desde que o recurso seja conhecido (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Ainda sobre a declaração ex officio da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2007>>. Acesso em: 04 ago. 2008). Em sentido contrário, entendendo tratar-se de uma limitação constitucional à regra processual de que o tribunal pode conhecer de ofício das matérias de ordem pública, ver: NERY JUNIOR, Nelson. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 966-982.

<sup>989</sup> “A divergência a respeito da possibilidade de o STJ conhecer de ofício determinadas questões que não compõem o objeto do recurso especial deixa entrever o fato de que o próprio Tribunal Superior não tem uma posição firme acerca da sua função. Tal situação é, sem dúvida, um sintoma da crise enfrentada pelo direito processual civil brasileiro, o qual apesar das inúmeras reformas legislativas, continua intocado no que diz respeito a alguns paradigmas profundamente arraigados em seus alicerces.” (RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 202, p. 80, dez. 2011).

<sup>990</sup> Discorrendo sobre as controvérsias nos Tribunais Superiores acerca da necessidade de prequestionamento para o conhecimento de matérias de ordem pública, ver: MELO, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, v. 133, p. 7-29, fev. 2006.

<sup>991</sup> Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0456.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0456.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2014.

Assim, adota o STF a posição intermediária, no sentido de que, ultrapassada a fase de conhecimento do recurso extraordinário, pode-se reconhecer de ofício uma questão de ordem pública, independente de ter sido debatida e decidida na instância ordinária, mas desde que se relacione com o fundamento lançado no recurso.

No mesmo sentido que o STF caminhava o STJ, entendendo por também admitir que, uma vez admitido o recurso por um fundamento, devolver-se-iam as questões de ordem pública ao tribunal superior, independente de prequestionamento e de provocação da parte.<sup>992</sup>

Destarte, num determinado momento, tanto o STF quanto o STJ passaram a admitir a aplicação do efeito translativo nos recursos excepcionais, condicionado, apenas, à superação da fase de sua admissibilidade.

Contudo, em 2012, no julgamento do AgR EREsp n. 999.342/SP, rel. Min. Castro Meira, a Corte Especial do STJ<sup>993-994</sup> alterou o seu entendimento inicial, passando a adotar

<sup>992</sup> “Processual penal. Agravo regimental em embargos de declaração em agravo regimental em agravo em recurso especial. Apreciação de matéria de ordem pública, alegada no recurso especial. Impossibilidade. Agravo regimental improvido. I. ‘A pretensão de se obter a apreciação, ainda que de ofício, de matéria de ordem pública, para que, superando vício procedimental na interposição do recurso, este Tribunal Superior examine matéria de mérito, mostra-se, por certo, imprópria e inadequada’ (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 283.687/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 23/05/2013). II. Não tendo sido ultrapassado o juízo de admissibilidade do Agravo, descabe a apreciação das questões suscitadas, em Recurso Especial não admitido, no âmbito do Agravo Regimental. Nesse sentido: ‘Ultrapassado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, é possível, ante o efeito translativo do recurso especial, apreciar questões de ordem pública, ainda que não prequestionadas. Na hipótese dos autos, entretanto, o recurso não foi conhecido, sendo inviável apreciar as insurgências no bojo deste agravo regimental. Precedentes’.” (STJ – AgR AREsp n. 38.097/MS, Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJe, de 13.02.2012). III. Agravo Regimental improvido.” (STJ – Sexta Turma, AgR ED AgR AREsp n. 182.179/MT, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 04.02.2014, DJe, de 24.02.2014).

<sup>993</sup> “Processual civil. Agravo de instrumento. Art. 525 do CPC. Formação. Peças facultativas. Súmula nº 7/STJ. Coisa julgada. Matéria de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. Súmulas nºs 282/STF e 356/STF. 1. O Tribunal de origem concluiu que o agravo de instrumento estava suficientemente instruído com as peças necessárias para o deslinde da lide (art. 525, inciso II, do CPC), sendo desnecessária a juntada de qualquer outro “elemento probatório que comprove a data do acordo administrativo”, especialmente porque são elementos de que a própria União dispõe. Assim, a modificação da conclusão encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ. 2. Inaplicável ainda, ao caso, o entendimento firmado pela Corte Especial deste Tribunal, em 2.5.2012, no julgamento do RESP 1.102.467/RJ, relatoria do Min. Massami Uyeda, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Na oportunidade, o Órgão Especial firmou o entendimento de que a ausência de peças facultativas necessárias à compreensão da controvérsia possibilita ao agravante a complementação do instrumental, o que não é o caso dos autos, visto que a conclusão da Corte de origem foi no sentido de que o agravo estava devidamente instruído. 3. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, mesmo as matérias de ordem pública, necessitam do prequestionamento para serem analisadas em sede de recuso especial. 4. Precedentes da Corte Especial do STJ: AGRG nos ERESP 999.342/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 24/11/2011, DJe 01/02/2012; AGRG nos EDCL nos EA 1127013/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 03/11/2010, DJe 23/11/2010). 5. Outros precedentes: RESP 1.239.593/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3.11.2011, DJe 11.11.2011; AGRG no RESP 854.140/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25.10.2011, DJe 28.10.2011; AGRG no RESP 1.120.076/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15.6.2010, DJe 2.8.2010. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgR Ag n. 1.425.644/PB (2011/0135209-2), Segunda Turma rel. Min. Humberto Martins, j. 22.05.2012, DJe, de 29.05.2012).

<sup>994</sup> “Agravo regimental no recurso especial. Brasil Telecom S/A. Celular CRT S/A. Contrato de participação financeira. Complementação de ações. Diferença. Valor patrimonial da ação. Cálculo. Súmula 371/STJ. Balancetes mensais. Desnecessidade de apresentação de outros documentos contábeis. Juros sobre o capital



uma postura mais rigorosa, no sentido de que mesmo essas questões só podem ser devolvidas ao tribunal superior se tiver havido o prequestionamento a seu respeito<sup>995</sup>, não sendo autorizado ao magistrado conhecer de ofício das matérias, ainda que o recurso seja conhecido.<sup>996</sup>

Nesse contexto, verifica-se atualmente que, enquanto o STF tem mais preocupação com o fato de a matéria ter sido efetivamente debatida e julgada na instância ordinária, o STJ tem mais apego ao fato de a parte ter provocado correta e tempestivamente o órgão judicial, ainda que este se omita sobre o assunto na decisão.

De qualquer modo, diante das premissas aqui já estabelecidas neste estudo e levando-se em consideração a própria função dos recursos excepcionais, parece com razão o STJ, ao também condicionar o conhecimento de questões de interesse público à existência de prequestionamento a seu respeito, evitando-se que as instâncias extraordinárias se transformem em um novo grau de jurisdição<sup>997</sup>, ao invés de apenas cumprir sua missão de

*próprio. Julgamento extra petita. Ausência de prequestionamento. Agravos regimentais não providos. Multa.* 1. No julgamento do RESP n. 975.834/RS (Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 26.11.2007), decidiu a 2ª Seção, que o Valor Patrimonial da Ação para efeito de cálculo da diferença de ações subscritas deve ser apurado com base no balancete do mês da integralização, pelo que se compreendeu, e se compreende, como suficiente e válido o aludido documento elaborado pela empresa ré, desnecessários outros para fins de comprovação do VPA a ser considerado na execução do julgado. Precedentes. 2. Na chamada "dobra acionária" o Valor Patrimonial da Ação (VPA) é apurado com base no balancete do mês da integralização (Súmula 371/STJ). Precedentes. 3. *Prevalece nesta Corte o entendimento de que as questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem do requisito do prequestionamento.* Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre o alegado julgamento *extra petita* no concernente aos juros sobre o capital próprio, fica obstada a sua análise em sede de Recurso Especial. 4. Agravos regimentais de ambas as partes não providos, com aplicação de multa." (STJ – AgR REsp n. 1.305.254/RS (2012/0002298-6), Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.05.2012, *DJe*, de 28.05.2012).

<sup>995</sup> "Processual civil. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Apontada omissão do acórdão embargado. Verificada falta de apreciação da alegação relativa ao efeito translativo do recurso especial. Coisa julgada. Questão de ordem pública. Necessidade de prequestionamento. 1. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame ex officio de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública.* 2. Não tendo sido discutida nas instâncias ordinárias a questão da prescrição, é inviável sua apreciação nesta instância. Incidem no caso as Súmulas 282 e 356/STF. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. (STJ – ED AgR REsp n. 948.003/PR, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. 17.10.2013, *DJe*, de 03.12.2013).

<sup>996</sup> Fredie Didier Jr. considera que o novo entendimento do STJ exigindo o prequestionamento para o conhecimento das questões de ordem pública é lamentável, pois fruto de orientação retrógrada que contraria o acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional, afrontando, ainda o já consolidado na súmula do STF (DIDIER JR., Fredie. *Matérias de ordem pública e prequestionamento: crítica de Fredie Didier ao STJ.* Disponível em: <<http://forumjuridico.direitointegral.com/t-mat%C3%A9rias-de-ordem-p%C3%BAblica-e-prequestionamento-cr%C3%ADtica-de-fredie-didier-ao-stj#.Uu7zD5NTupo>>. Acesso em: 08 abr. 2013).

<sup>997</sup> "A demanda é delimitada pela causa de pedir contida na petição inicial. O juiz se restringe aos fatos constitutivos alegados pelo autor. No recurso, os motivos da impugnação constituem a causa trazida no recurso, e em relação aos recursos excepcionais, que possuem efeito devolutivo limitado, estes motivos funcionam como fator de limitação à amplitude da cognição e decisão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Apenas os fundamentos invocados serão examinados. O exame do inconformismo está restrito aos fundamentos deduzidos no próprio recurso interposto, com exclusão daquilo que não foi objeto de expressa decisão pelo tribunal *a quo*." (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 229).

controlar a infringência às normas constitucionais e infraconstitucionais, em verdadeiro desvirtuamento do sistema dos recursos excepcionais e em afronta, inclusive, ao princípio da razoável duração do processo.<sup>998</sup>

Assim, qualquer questão de interesse público pode chegar aos tribunais superiores para discussão, desde que tenha se realizado o prequestionamento<sup>999</sup>. Registre-se, porém, que é a limitação vertical da cognição dos recursos excepcionais que impede o conhecimento de ofício das questões de interesse público, e não a falta de prequestionamento, que diz respeito à extensão do efeito devolutivo.<sup>1000</sup>

Porém, o mesmo tratamento não se aplica às questões efetivamente de ordem pública, ou seja, a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz, tendo em vista a sua natureza intransponível já reconhecida.

Por sua vez, a sobrevida do primeiro pressuposto processual é ainda maior do que a do segundo, haja vista que este possui como limite temporal o prazo de ajuizamento da ação rescisória, enquanto que aquele pode ser alegado a qualquer tempo, pois nunca se convalida.

Em síntese, diante do que aqui se sustenta, teríamos três momentos distintos para a superação das questões: a) as de interesse público ficam definitivamente ultrapassadas após a fase dos recursos ordinários, dependendo de prequestionamento para serem devolvidas à instância extraordinária; b) a questão de ordem pública concernente ao impedimento fica sacramentada com o decurso do prazo de ajuizamento de ação rescisória; e, c) a questão de ordem pública relativa à existência de órgão estatal investido de jurisdição não se convalida com o tempo, podendo o ato judicial ser desconstituído mesmo após o prazo decadencial da ação rescisória.

---

<sup>998</sup> “E se, por um lado, a implantação de um sistema de competência seletiva para o STJ seja algo desejável, mas que pressupõe reforma política, o panorama aqui traçado, por sua vez, não deixa de servir para denunciar o equívoco da concepção que atribui àquela Corte a função de terceira instância recursal. Esse não é o papel do STJ, tal como se deflui do texto Constitucional. Apostar em uma extensão ainda maior de controle aos Tribunais Superiores é apostar no enfraquecimento das demais instâncias decisórias e na glorificação das impugnações, defeitos essenciais da crise do sistema processual conforme há muito apontou Mauro Cappelletti.” (RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e, Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores, cit., p. 87).

<sup>999</sup> “À vista do exposto, para efeito de acomodação do efeito devolutivo restrito dos recursos de natureza extraordinária com as questões de ordem pública, deve-se concluir que não cabem recursos de natureza extraordinária em relação a questões que não foram objeto de consideração pelo Tribunal recorrido, mesmo que se trate de matéria de ordem pública que deva ser reconhecida de ofício nas instâncias ordinárias.” (VINCENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi, A complexidade da ordem pública entre outras culturas, cit., p. 40).

<sup>1000</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis.*, cit., p. 227-231.

Entretanto, no NCPC o tema é tratado de forma diversa, uma vez que o parágrafo único do artigo 1.047<sup>1001</sup> estabelece que, em caso de o recurso ser admitido, serão devolvidos ao conhecimento do tribunal superior não só os demais fundamentos que envolvem a causa, mas também todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do litígio.

Como se observa, o NCPC encampou o posicionamento do STF e preferiu adotar o sistema devolutivo em sua dimensão mais vertical. Em outros termos, a nova lei prevê a aplicação do efeito translativo aos recursos excepcionais, condicionando, apenas, à superação da fase de conhecimento do recurso.

## 7.6 Questões de ordem

Além das questões de ordem pública inerentes à causa em si, no âmbito dos tribunais há outra forma de controle pelo relator ou pelo órgão colegiado, relacionada à regularidade no processamento e julgamento dos recursos.

Assim, podem ocorrer vícios formais relacionados ao próprio recurso, como também podem existir problemas na tramitação dos recursos, causados pela parte, servidor ou por terceiros, capazes de comprometer o andamento ou a validade do recurso. Essas circunstâncias são geralmente denominadas de “questões de ordem”, e visam justamente a restabelecer a normalidade recursal eventualmente desconsiderada.

Com efeito, a questão de ordem pode ser conceituada como a questão arguida no âmbito dos tribunais, referentes à ordem dos processos e ao respeito dos procedimentos regimentais. Trata-se, pois, de instrumento que pode ser suscitado ao presidente da corte ou ao relator e que via de regra é submetido ao órgão colegiado para deliberação.

A função da questão de ordem é precipuamente o esclarecimento ou a regularização de situações regimentais ligadas ao processamento do feito, e ainda para a correção de erro material eventualmente ocorrido nos julgamentos pelo colegiado.

Dessa forma, a questão de ordem pode possuir caráter informativo<sup>1002-1003</sup>, anulatório ou apenas corretivo, dependendo do caso apresentado.

---

<sup>1001</sup> “Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito. Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado.”

<sup>1002</sup> “1. Aplica-se, plenamente, o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou de jurisprudência dominante. 2. Há, nessas hipóteses, necessidade de pronunciamento expresso do Plenário desta Corte sobre a incidência dos efeitos da repercussão geral reconhecida para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicadas as regras do novo regime, em especial, para fins de retratação ou declaração de prejudicialidade dos

Sua fonte legislativa são os regimentos internos dos tribunais<sup>1004</sup> e o CPC, que possui capítulo específico para tratar do tema, mas na prática forense outras circunstâncias não tipificadas podem ser suscitadas pelas partes ou reconhecidas pelo magistrado, desde que pertinentes e prejudiciais ao julgamento recursal.

Em outros termos, as questões de ordem são suscitadas perante o tribunal para atentar ao relator ou ao colegiado para alguma relevante situação de fato ou de direito que deve ser conhecida e decidida tempestivamente, uma vez que tem o condão de impedir, influenciar ou macular o resultado do recurso.

Nesse contexto, as hipóteses de questão de ordem são bem variadas, podendo dizer respeito à ordem dos processos, ao esclarecimento de alguma dúvida de fato ou de direito surgida durante o julgamento, à observância dos procedimentos regimentais, especialmente quanto à sua interpretação e execução, entre outras.

O tema, embora corrente no cotidiano forense, não obtém a necessária atenção da doutrina, mas seus reflexos processuais têm sido reconhecidos pela jurisprudência pátria.

De qualquer modo, ainda que sua previsão normativa tenha por finalidade primordial apenas esclarecimentos ou acertos de erros materiais, sua utilização vem sendo bastante alargada, para abranger questões efetivamente processuais e até meritórias, incluindo-se ainda no rol de hipóteses possíveis interpretações sobre fatos e direitos que surgem durante as sessões de julgamento, como comumente visto em sustentações orais e acatadas pelo colegiado.

Nesse passo, a ordem pública processual também passa pela esfera recursal e constitui importante mecanismo de controle da regularidade dos recursos, o que, por consequência, contribui para o alcance da legitimidade das atividades jurisdicionais.

---

recursos sobre o mesmo tema (CPC, art. 543-B, § 3º). 3. Fica, nesse sentido, aprovada a proposta de adoção de procedimento específico que autorize a Presidência da Corte a trazer ao Plenário, antes da distribuição do RE, questão de ordem na qual poderá ser reconhecida a repercussão geral da matéria tratada, caso atendidos os pressupostos de relevância. Em seguida, o Tribunal poderá, quanto ao mérito, (a) manifestar-se pela subsistência do entendimento já consolidado ou (b) deliberar pela rediscussão do tema. Na primeira hipótese, fica a Presidência autorizada a negar distribuição e a devolver à origem todos os feitos idênticos que chegarem ao STF, para a adoção, pelos órgãos judiciários a quo, dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Na segunda situação, o feito deverá ser encaminhado à normal distribuição para que, futuramente, tenha o seu mérito submetido ao crivo do Plenário.” (QO RE n. 580.108)

<sup>1003</sup> “Questão de ordem em recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Procedimento de votação nos casos de voto divergente no Plenário Virtual. Sistema eletrônico de votação adaptado para a inserção das razões de voto de todos os Ministros. Necessidade do lançamento dos fundamentos da divergência pelo primeiro Ministro que apresentar manifestação contrária à do Relator. 3. Remessa dos autos ao Gabinete do Ministro que primeiro divergiu para juntada de voto escrito. 4. Pedido de reconsideração prejudicado.” (QO RE n. 559.994)

<sup>1004</sup> Fazendo uma análise profunda sobre o papel dos regimentos internos dos tribunais, ver: SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012. p. 125-167. (Coleção Professor Arruda Alvim, 12).

Destarte, os possíveis defeitos que podem ocorrer no âmbito recursal, em rol exemplificativo, seriam: a) os vícios do ato, procedimento ou de julgamento, que autorizam o tribunal a corrigir de ofício ou a determinar que o recorrente o faça; b) os relacionados à observância do contraditório e da ampla defesa; c) os que surgirem durante o julgamento do recurso; e, d) os que ocorrerem após o julgamento do recurso.

Todas as hipóteses referidas contribuem para o alcance da ordem processual, de modo que devem ser respeitadas e controladas. Por sua vez, sua abrangência vai desde a indicação do tribunal competente pelo recorrente até a efetiva descida dos autos para o juízo de origem, podendo, pois ocorrer em diversos momentos.

### 7.6.1 Vícios do ato, procedimento ou de julgamento

No primeiro caso, há vícios que podem se referir ao ato, ao procedimento<sup>1005</sup> ou ao julgamento<sup>1006-1007</sup>, que autorizam o tribunal a corrigir de ofício ou a determinar que o recorrente o faça; eles podem ocorrer no próprio recurso ou na sua tramitação.

Os vícios dos atos são aqueles sanáveis, que se relacionam aos requisitos de admissibilidade<sup>1008</sup> do recurso<sup>1009-1010</sup>, devendo o relator oportunizar ao recorrente que realize certa diligência ou renove o ato para que haja o prosseguimento do feito, nos termos do artigo 515, parágrafo 4º, do CPC.

Na verdade, sempre que um ato ou procedimento puder ser aproveitado, convalidado ou superado, deve o condutor do processo permitir o conserto, evitando, ao máximo, a

<sup>1005</sup> “Aplica-se a sistemática do art. 543-B do CPC a recursos interpostos contra acórdãos publicados antes de 3 de maio de 2007, desde que a questão constitucional neles suscitada tenha repercussão geral reconhecida.” (QO RE n. 540.410)

<sup>1006</sup> “Compete aos tribunais, turmas recursais e turmas de uniformização a adoção dos mecanismos previstos nos §§ 1º e 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, quanto aos recursos extraordinários (e aos respectivos agravos) interpostos contra acórdãos publicados anteriormente a 3 de maio de 2007, quando tratarem de matéria com repercussão geral reconhecida.” (QO AI n. 715.423)

<sup>1007</sup> “Compete aos tribunais de origem apreciar pedidos de natureza cautelar de recursos sobrestados em face do reconhecimento da existência de repercussão geral.” (QO MC AC n. 2.177)

<sup>1008</sup> “Não é cabível agravo do art. 544 do CPC ou reclamação da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 543-B do CPC, aplica ao caso concreto a sistemática da repercussão geral.” (QO AI n. 760.358)

<sup>1009</sup> “Exigência de apresentação de preliminar formal e fundamentada sobre a existência da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário, em todos os casos em que a intimação do acórdão impugnado tenha ocorrido após 3 de maio de 2007, nos termos da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.” (QO AI n. 664.567)

<sup>1010</sup> “É indispensável a apresentação de preliminar fundamentada sobre a existência de repercussão geral, mesmo que o STF, na análise de outro recurso, já tenha reconhecido a presença de repercussão geral da matéria.” (QO AgR ARE n. 663.637)

decretação de nulidade<sup>1011</sup> ou a repetição de atos por mera formalidade, especialmente quando não tiverem contaminado outros e atingirem a sua finalidade, sem causar prejuízo às partes.<sup>1012</sup>

Por sua vez, esses defeitos do ato ou do procedimento podem ter sido causados tanto pela parte quanto pelo magistrado, em erro de atividade ou de julgamento.

Assim, por exemplo, no caso de recolhimento de preparo insuficiente pelo recorrente, deverá o juiz ou relator determinar a sua complementação, nos termos do artigo 511, parágrafo 2º, do CPC.

É também nesse momento que o magistrado deve tomar conhecimento de algum fato novo ocorrido após a abertura do prazo de interposição do recurso, inclusive os relacionados no artigo 507 do CPC (falecimento da parte ou advogado e a existência de motivo de força maior).

De outra banda, pode acontecer de o juiz originário cometer um erro de procedimento<sup>1013</sup>, reconhecendo a preclusão de uma prova que, na verdade, não ocorreu. Se o julgamento do recurso puder prosseguir de forma que essa irregularidade não cause gravame às partes, não há razão para se anular o ato decisório, ao invés de simplesmente julgar o recurso. Em certos casos, de nada adiantaria anular a sentença e retornar os autos à fase

---

<sup>1011</sup> “Por esse motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é que libertam do contrassenso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.” (LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, PR, v. 21, n. 0, p. 17, 1983.

<sup>1012</sup> “No processo, a propósito, sana-se até mesmo a inexistência jurídica [...]. Como se viu, informam o sistema processual os princípios da conservação (ou do aproveitamento) e da convalidação, segundo o qual os vícios processuais, ainda que gravíssimos, podem convalidar-se, podendo o ato ser aproveitado: podem, no fundo, ser ‘consertados’. [...] O § 4º do art. 515 do CPC, assim, e em princípio, refere-se aos vícios que se consubstanciam em nulidade absoluta ou inexistência jurídica, mas que, não obstante, possam ser retificados ou, os atos, repetidos. As anulabilidades, se não tiverem sido argüidas, não gerarão a necessidade de que o ato seja repetido, pois já terão sido convalidadas, em razão do que dispõe o art. 245 do CPC. O § 4º do art. 515 pode dizer respeito também à anulabilidade, porém, se a parte somente teve oportunidade de alegá-la na apelação ou em suas contrarrazões (p. ex., ocorrência de julgamento antecipado da lide, em cerceamento de defesa de uma das partes). [...] O prosseguimento do processamento da apelação, desse modo, somente será possível nos casos em que a nulidade processual reconhecida não implicar a anulação de outros atos processuais, que devam ser repetidos ou retificados perante o juízo de primeiro grau.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 255-257).

<sup>1013</sup> Os vícios de atividade se referem “[...] à condução do procedimento, à forma dos atos processuais, não concernindo ao conteúdo do ato em si” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 4. ed. rev., ampl. e atual., 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 3. p. 66).

probatória, quando se verifica, de pronto, que o resultado não seria capaz de ser alterado, nem mesmo diante de ampla dilação probatória.<sup>1014</sup>

O mesmo se dá no caso de indeferimento de prova ou de julgamento antecipado da lide, de modo que o relator só deverá decretar a nulidade se de fato existir risco de que a produção da prova faltante modifique o entendimento do juiz *a quo* e, por sua vez, do próprio tribunal, sendo que, nessa hipótese, é possível ainda que o próprio tribunal produza a prova requerida e julgue em seguida o recurso, sanando pois o vício apontado, evitando o retorno dos autos ao juízo originário para tal fim.

Ainda na esfera dos atos judiciais, pode ser que o juiz cometa algum erro no julgamento, decidindo, por exemplo, *extra petita*. Embora não se negue ter havido um defeito no julgamento, não se justifica a anulação da sentença para que outra seja proferida pelo juízo originário, quando é certo que o órgão colegiado<sup>1015</sup> poderia simplesmente extirpar o conteúdo excessivo do julgado.

Deixe-se assente que, em que pese o ônus das partes de alegar em sede recursal todas as irregularidades ocorridas no juízo originário, elas mesmas podem por vezes preferir ver o fim da controvérsia, ao invés de se retroceder a uma fase procedimental já encerrada. Trata-se de tendência, inclusive, reconhecida no NCPC.<sup>1016</sup>

---

<sup>1014</sup> Rodrigo Barioni possui uma interpretação bastante restritiva quanto à extensão do parágrafo 3º do artigo 515 do CPC e entende que o nosso ordenamento não contempla o princípio da conservação, concluindo que, em caso de vício probatório, a sentença deve ser anulada. Ainda assim, reconhece a força que o parágrafo 4º do artigo 515 do CPC exerce no sistema recursal, nos seguintes termos: “Deve-se reconhecer que a norma do § 4º do art. 515 abre campo para o tribunal sanar qualquer espécie de nulidade. O dispositivo encontra seu limite de aplicação às nulidades sanáveis. Daí se inferir que haja vícios insanáveis no processo e na sentença, seja pela extensão dos efeitos do ato contaminado aos atos sucessivos, seja por conter em seu bojo defeitos substancialmente graves, que tornem a decisão imprestável (total ou parcialmente). A gravidade desses vícios e suas consequências ao princípio do devido processo legal não autorizam que sejam considerados similares a defeitos menos relevantes para o processo e de simples extirpação. O legislador não prestigiou de maneira absoluta o princípio da conservação, de modo a abranger vícios insanáveis, que, por sua própria natureza, não podem ser aproveitados. A sentença que padece de nulidade absoluta por vício intrínseco contém defeito insanável, impedindo a diligência de sanação e a conseqüente retomada do julgamento do recurso pelo tribunal. Nessa ordem de ideias, a apelação nesses casos terá caráter meramente rescindente da sentença.” (BARIONI, Rodrigo Otávio. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168. (Recursos no Processo Civil, v. 16).

<sup>1015</sup> É “necessário que a *Câmara* ou a *Turma Julgadora* decida a respeito da possibilidade ou não de o vício ser sanado”, pois tal poder não é conferido ao relator (JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 211).

<sup>1016</sup> “Art. 1.026. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 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. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. § 3º Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 495; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal julgará

Com efeito, o tempo do processo é fator importante na solução do litígio e na ideia de processo justo<sup>1017</sup>, de modo que já é momento de afastar os formalismos que em nada contribuem para o ideal de justiça e para a efetividade, aplicando-se ao máximo o princípio da instrumentalidade das formas também na esfera recursal.

De qualquer forma, quando os vícios do julgado concernentes a erros de atividade ou de julgamento implicarem no conhecimento de questão de ordem pública, poderão ser levantados pelo relator do processo, por meio de questão de ordem, para que, em sequência, sejam decididos como preliminar processual ou de mérito pelo órgão colegiado.

#### 7.6.2 Observância da ordem processual, do contraditório e da ampla defesa

Após a interposição do recurso, variados aspectos devem ser observados para que haja a sua regular tramitação perante os órgãos judiciários. Assim é que a indicação da competência recursal, a forma de distribuição do recurso<sup>1018</sup>, a análise dos requisitos de admissibilidade, os atos de conciliação, saneamento e eventual instrução do feito, o cumprimento de prazos e a previsão de relator, a publicidade dos atos<sup>1019</sup> e os atos praticados por auxiliares da justiça<sup>1020</sup> são alguns dos exemplos de circunstâncias processuais que devem ser controladas, especialmente pelo relator.

Conforme já mencionado, a regulamentação do tema está estabelecida no CPC e também nos regimentos internos dos tribunais, de acordo com as suas peculiaridades locais.

o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau. § 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela antecipada é impugnável na apelação.”

<sup>1017</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo, Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa, cit., p. 95.

<sup>1018</sup> “Art. 547. Os autos remetidos ao tribunal serão registrados no protocolo no dia de sua entrada, cabendo à secretaria verificar-lhes a numeração das folhas e ordená-los para distribuição. Parágrafo único. Os serviços de protocolo poderão, a critério do tribunal, ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau. Art. 548. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio. Art. 549. Distribuídos, os autos subirão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu ‘visto’. Parágrafo único. O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.”

<sup>1019</sup> “Art. 550. Os recursos interpostos nas causas de procedimento sumário deverão ser julgados no tribunal, dentro de 40 (quarenta) dias. Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor. § 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antigüidade. § 2º O revisor aporá nos autos o seu ‘visto’, cabendo-lhe pedir dia para julgamento. § 3º Nos recursos interpostos nas causas de procedimentos sumários, de despejo e nos casos de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.”

<sup>1020</sup> “Art. 553. Nos embargos infringentes e na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o tribunal competente para o julgamento.”



Depreende-se, pois, que o momento recursal compreendido entre a apreciação da admissibilidade do recurso<sup>1021</sup> e a data de seu julgamento é repleto de movimentações processuais pelas partes, pelos auxiliares da justiça e pelo relator, sendo que importa acrescentar que a maior preocupação nessa fase deve ser com o contraditório e com a correta publicidade dos atos.

Ademais, nada impede que o relator, diante da situação apresentada, tente realizar uma conciliação entre as partes, seja pessoalmente ou com o auxílio de profissionais do quadro de servidores que possuam a necessária qualificação.

Nesse período também é cabível o relator determinar a complementação de prova ou alguma diligência capaz de elucidar as questões de fato e de direito, e também deve considerar a ocorrência de fatos novos que possam influenciar o resultado do julgamento.<sup>1022</sup>

Com efeito, é perfeitamente possível que o relator entenda pela necessidade de produção de alguma prova, embora no CPC não haja referência expressa à possibilidade de produção de provas na seara recursal. Nesse caso, deve haver uma interpretação analógica dos artigos 492<sup>1023</sup> e 560, parágrafo único,<sup>1024</sup> para possibilitar ao tribunal a conversão do julgamento em diligência para a realização ou repetição de provas. Por outro lado, tendo em vista que os artigos 303<sup>1025</sup>, 462<sup>1026</sup> e 517<sup>1027</sup>, todos do CPC, autorizam a alegação de fatos

---

<sup>1021</sup> “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520.”

<sup>1022</sup> Sobre o tema, ver: CABRAL, Trícia Navarro Xavier, *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*, cit., p. 167-182.

<sup>1023</sup> “Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.”

<sup>1024</sup> “Art. 560. [...] Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.”

<sup>1025</sup> “Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.”

<sup>1026</sup> “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”

<sup>1027</sup> “Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo anterior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

novos em sede recursal, há que se admitir a produção de prova em segundo grau, uma vez que a toda alegação fática deve ser assegurada a viabilidade de instrução, inclusive no procedimento recursal, sob pena de cerceamento de defesa.

A doutrina<sup>1028</sup> e a jurisprudência<sup>1029</sup> aceitam amplamente essa possibilidade, sob o fundamento do próprio artigo 130 do CPC, cuja aplicação se estende aos membros do tribunal.<sup>1030</sup>

Por sua vez, essa permissão ganha força quando se está diante do parágrafo 3º do artigo 515 do CPC<sup>1031</sup>, que possibilita o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal, nas causas em que o feito tiver sido extinto sem julgamento de mérito, se a causa versar sobre questão de direito e estiver em condições de imediato julgamento. Aliás, o referido dispositivo legal em muito se assemelha com o propósito do artigo 330, I, do CPC<sup>1032</sup>, sendo que essa inovação instituída pela Lei n. 10.352/2001 demonstra a preocupação do legislador em trazer alguns valores já reconhecidos e aplicados em primeiro grau também para o âmbito recursal, como a efetividade da tutela jurisdicional, celeridade e economia processual, modificando o sistema recursal, para ampliar a extensão do efeito devolutivo da apelação, e ainda

<sup>1028</sup> JORGE, Flávio Cheim, *Teoria geral dos recursos cíveis*, cit., p. 250-251.

<sup>1029</sup> “Pelo nosso sistema jurídico, é perfeitamente possível a produção de prova em instância recursal ordinária.” (STJ – REsp n.192.681/PR (1998/0078261-3), 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.03.2000, *DJU*, de 24.03.2003, p. 223). Veja ainda: “Processo civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o Tribunal de Justiça prossiga no julgamento da apelação. *Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC*. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça. Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.” (STJ – REsp n. 345436/SP (2001/0105326-5), 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 07.03.2002, *DJU*, de 13.05.2002, p. 208, grifamos); e, por fim: “Prova. Dispensa pelas partes. Dilação probatória determinada pela 2ª instância. Admissibilidade. Inexistência de preclusão.” (STJ – REsp n. 262978/MG (2000/0058446-0), 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06.02.2003, *DJU*, de 30.06.2003, p. 251).

<sup>1030</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, cit., v. 3, p. 71.

<sup>1031</sup> “Art. 515. [...] § 3º - Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

<sup>1032</sup> “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;”. No mesmo sentido: “Vale a pena notar que a semelhança dos termos utilizados pelo legislador no § 3º do art. 515 e no inciso I do art. 330, ambos do CPC, não é mera coincidência.” (BARIONI, Rodrigo Otávio, *Efeito devolutivo da apelação civil*, cit., p. 166).

transformar a própria natureza do recurso, que deixa de ser revisional, para ser concebido como um novo julgamento.<sup>1033</sup>

Destarte, se a extensão da devolutividade do recurso de apelação foi ampliada a ponto de permitir um julgamento integral do mérito pelo tribunal<sup>1034</sup> nos casos em que não tenha sequer havido um exame meritório pelo juiz originário, com muito mais razão deve-se admitir que o órgão superior apenas complete o que já foi decidido, produzindo as provas que entender necessárias a reforçar os elementos de convicção, sem precisar, para tanto, anular a sentença e devolver o processo ao juiz inferior.<sup>1035</sup>

Dessa forma, a produção de prova pelo tribunal integra no âmbito de devolutividade do recurso o próprio direito à prova dos litigantes<sup>1036</sup>, o qual, ainda que tenha precluído para o Juízo originário, ganha nova vida em segunda instância, destinando-se a influenciar o convencimento dos membros do colegiado.

Ressalte-se apenas que embora a avaliação inicial sobre a necessidade de se produzir prova na esfera recursal seja feita pelo relator, ele só poderá produzi-la monocraticamente se também estiver autorizado a julgar a causa de forma monocrática. Nesse contexto, em se tratando de hipótese que comporte o julgamento colegiado, deverá o relator, em regra, submeter o deferimento e a produção de prova propriamente dita ao colegiado, para que possa influenciar o convencimento de todos os membros, principalmente em se tratando de prova oral.

<sup>1033</sup> Nessa linha de raciocínio, ver: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR.; Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A nova reforma processual*, cit., p. 142-143.

<sup>1034</sup> Sobre o assunto, o interessante julgado: “A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, *caput*), vigorando a máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Todavia, por vezes, o tribunal exerce cognição mais vertical do que o juiz *a quo*, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos ‘vícios da ilegalidade’ e da ‘injustiça’, encartados em sentenças definitivas ou terminativas.” (STJ – REsp n. 631877/RS (2004/0024858-3), 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 04.04.2006, *DJU*, de 28.04.2006, p. 264). Reforçando a extensão da devolutividade do direito probatório: “Processual civil. Prova testemunhal. Indeferimento. Agravo de instrumento e agravo retido. Preclusão consumativa. Inexistência. 1 - Não há preclusão para o juiz em matéria probatória, razão pela qual não viola o art. 473 do CPC o julgado do mesmo Tribunal que, ao julgar apelação, conhece e dá provimento a agravo retido, para anular a sentença e determinar a produção de prova testemunhal requerida pelo autor desde a inicial, ainda que, em momento anterior, tenha negado agravo de instrumento sobre o assunto. 2 - Interpretação teleológica do art. 130 do CPC corroborada pela efetiva e peremptória intenção do autor em produzir a prova. 3 - Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp n. 418.971/MG (2002/0027563-5), 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.10.2005, *DJU*, de 07.11.2005, p. 288).

<sup>1035</sup> Em sentido contrário: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 255.

<sup>1036</sup> A jurisprudência, em outros termos, aceita a devolutividade do direito probatório: “Prova pericial. Deferimento quando do julgamento da apelação. Não obstante irrecorrido o despacho saneador. PRECLUSÃO. Inocorrência. Alegação de que desnecessária a prova.” (STJ – REsp n. 61107/PR (1995/0007814-7), 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, j. 02.12.1999, *DJU*, de 13.03.2000, p. 181).

Portanto, é imprescindível que o relator conduza o processamento do recurso de forma adequada, respeitando, a todo o momento, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

### 7.6.3 O julgamento do recurso

Uma vez colocado o processo em pauta e designado o julgamento<sup>1037</sup>, surge uma nova fase procedimental, com exigências específicas que os sujeitos e órgãos envolvidos devem observar, começando pelo relator.

Assim, são exemplos do que se deve obedecer após iniciado o julgamento do recurso: a exposição da causa pelo relator, com a concessão de preferência e tempo para a sustentação oral<sup>1038</sup> nos casos cabíveis<sup>1039</sup>; a observância do quórum necessário e da existência de interesse público a justificar a mudança de competência<sup>1040</sup> para o julgamento do recurso ou, ainda, a possibilidade de pedido de vista<sup>1041</sup>; o anúncio do julgamento pelo presidente e a designação do juiz responsável pela redação do acórdão<sup>1042</sup>; a ordem no julgamento dos

<sup>1037</sup> “Art. 552. Os autos serão, em seguida, apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, mandando publicar a pauta no órgão oficial. § 1º Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o espaço de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º Afixar-se-á a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento. § 3º Salvo caso de força maior, participará do julgamento do recurso o juiz que houver lançado o ‘visto’ nos autos.”

<sup>1038</sup> “Art. 565. Desejando proferir sustentação oral, poderão os advogados requerer que na sessão imediata seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais. Parágrafo único. Se tiverem subscrito o requerimento os advogados de todos os interessados, a preferência será concedida para a própria sessão.”

<sup>1039</sup> “Art. 554. Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.”

<sup>1040</sup> Súmula Vinculante n. 10 (Sessão Plenária de 18.06.2008, *DJe* n° 117/2008): “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

<sup>1041</sup> “Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. § 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. § 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, com publicação em pauta.”

<sup>1042</sup> “Art. 556. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator, ou, se este for vencido, o autor do primeiro voto vencedor. Parágrafo único. Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.”

recursos de apelação e agravo, devendo este último preceder aquele<sup>1043</sup>; a necessidade de se enfrentar as questões preliminares no julgamento antes do mérito<sup>1044-1045</sup>; a obrigatoriedade das ementas nos acórdãos<sup>1046</sup> e de que, lavrado o acórdão, deve-se proceder à sua publicação.<sup>1047</sup>

Como se vê, inúmeros atos processuais compõem o julgamento<sup>1048</sup> dos recursos e representam uma importante etapa da fase recursal, sendo que todos eles possuem um interesse público a justificar um controle adequado pelo órgão jurisdicional, de ofício ou por meio de uma questão de ordem.

Registre-se, por fim, que o tema relacionado à ordem dos processos nos tribunais está previsto no NCPC<sup>1049</sup> de forma bem mais detalhada, desde os atos de registro do recurso, até

<sup>1043</sup> “Art. 559. A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo. Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.”

<sup>1044</sup> “Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.”

<sup>1045</sup> “Art. 561. Rejeitada a preliminar, ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e julgamento da matéria principal, pronunciando-se sobre esta os juízes vencidos na preliminar.”

<sup>1046</sup> “Art. 563. Todo acórdão conterá ementa.”

<sup>1047</sup> “Art. 564. Lavrado o acórdão, serão as suas conclusões publicadas no órgão oficial dentro de 10 (dez) dias.”

<sup>1048</sup> Há na doutrina referência à técnica do “julgamento-alerta”: “Através desta técnica, o tribunal veicula a informação de que poderá estar revendo, reavaliando, reapreciando, em casos futuros, o posicionamento até então reiterado. O anúncio equivale a uma pronúncia de que a Corte ‘duvida’ da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e, portanto, passa ao público a mensagem de que é possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema.” (CABRAL, Antonio do Passo, *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*, cit., p. 34).

<sup>1049</sup> “Art. 942. Os autos serão registrados no protocolo do tribunal no dia de sua entrada, cabendo à secretaria ordená-los para distribuição. Parágrafo único. A critério do tribunal, os serviços de protocolo poderão ser descentralizados, mediante delegação a ofícios de justiça de primeiro grau. Art. 943. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio e o princípio da publicidade. § 1º O relator do primeiro recurso que chegar ao tribunal ficará prevento para os recursos subsequentes, interpostos no processo ou em processo reunido por conexão. § 2º Os recursos de vários litisconsortes sobre a mesma questão de fato ou de direito deverão ser julgados conjuntamente; não sendo possível reuni-los, a primeira decisão favorável a um dos recursos estender-se-á a todos os demais. § 3º A decisão proferida no julgamento de recurso interposto por litisconsorte unitário estender-se-á ao recurso interposto pelo outro litisconsorte. § 4º Se no momento da distribuição do recurso o relator prevento não mais integrar o órgão julgador ou dele estiver afastado por qualquer motivo, será designado novo relator, preservada a competência do órgão colegiado julgador do recurso anteriormente distribuído. Art. 944. Distribuídos, os autos serão de imediato conclusos ao relator, que, em trinta dias, os restituirá à secretaria, com a exposição das questões sobre as quais versar a causa. Art. 945. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova; II - apreciar o pedido de tutela antecipada nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal; III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. V - depois de facultada, quando for o caso, a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado

em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. VI - decidir o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. Art. 946. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida, ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias. § 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, este será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente, em sustentação oral, na própria sessão, no prazo de quinze minutos. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no *caput* e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores. Art. 947. Tratando-se de apelação e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor, sempre que possível por meio eletrônico. § 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem decrescente de antiguidade. § 2º Após examinar os autos, o revisor solicitará dia para julgamento. § 3º Não haverá revisor nas hipóteses de indeferimento da petição inicial, de improcedência liminar do pedido e nas demais previstas em lei. Art. 948. Em seguida, os autos serão apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento, ordenando, em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial. § 1º Entre a data de publicação da pauta e da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de cinco dias, incluindo-se em nova pauta as causas que não tenham sido julgadas. § 2º Às partes será permitida vista dos autos em cartório após a publicação da pauta de julgamento. § 3º Afixar-se-á a pauta na entrada da sala em que se realizar a sessão de julgamento. § 4º O juiz que houver examinado os autos como revisor participará do julgamento do recurso. Art. 949. Ressalvadas as preferências legais e regimentais, os recursos e as causas de competência originária serão julgados na seguinte ordem: I - aqueles nos quais houver sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos; II - aqueles cujo julgamento tenha iniciado em sessão anterior; III - os requerimentos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento; e, IV - por último, os demais casos. Art. 950. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, e ao membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões nas seguintes hipóteses: I - no recurso de apelação; II - no agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória sobre tutela antecipada ou o mérito da causa; III - no recurso ordinário; IV - no recurso especial; V - no recurso extraordinário; VI - no agravo interno originário de recurso de apelação ou de recurso ordinário; VII - no agravo interno originário de agravo de instrumento que admite sustentação oral; VIII - no agravo interno originário de recurso especial ou de recurso extraordinário; IX - nos embargos de divergência; X - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; XI - em outros casos a critério do relator ou previstos em lei ou no regimento interno do tribunal. § 1º A sustentação oral no incidente de resolução de demandas repetitivas observará o disposto no § 1º do art. 994. § 2º O procurador que desejar proferir sustentação oral poderá requerer, até o início da sessão, que seja o feito julgado em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências legais. § 3º Caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que extingue o processo nas causas de competência originária previstas no inciso X do *caput*. Art. 951. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 2º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência para instrução, que se realizará no tribunal ou em instância inferior, decidindo-se o recurso após cumprida a diligência. § 3º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 2º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso. Art. 952. Rejeitada a preliminar ou se com ela for compatível a apreciação do mérito, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar. Art. 953. O relator ou outro juiz que não se considerar habilitado a proferir imediatamente seu voto poderá solicitar vista pelo prazo máximo de dez dias, após o qual o recurso será reincluído em pauta para julgamento na sessão seguinte à data da devolução. Parágrafo único. Se os autos não forem devolvidos tempestivamente ou não for solicitada prorrogação de prazo pelo juiz, o presidente do órgão fracionário os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído. Art. 954. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. § 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído. § 2º Sem prejuízo do disposto no art. 1.035, é permitido à parte, por seu

os atos e situações inerentes ao processamento e julgamento do recurso, o que, embora possa eventualmente esvaziar um pouco os regimentos internos dos tribunais, trará mais padronização e muito mais segurança jurídica aos jurisdicionados.

#### 7.6.4 Ocorrências após o julgamento do recurso

Após o julgamento do recurso, há outras situações que devem ser consideradas para se completar o ciclo de regularidade dos atos do tribunal.

---

procurador presente à sessão de julgamento, antes da proclamação do resultado, requerer oralmente ao órgão colegiado esclarecimento sobre a manifestação de qualquer de seus membros. § 3º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três juízes. § 4º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento. Art. 955. Quando o resultado da apelação for, por decisão não unânime, no sentido de reformar sentença de mérito, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura compoñham o órgão colegiado. § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença; neste caso, deve o seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando o resultado for a reforma da decisão interlocutória de mérito. § 4º Não se aplica o disposto neste artigo no julgamento do incidente de assunção de competência e no de resolução de demandas repetitivas. § 5º Também não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento da remessa necessária. § 6º Nos tribunais em que o órgão que proferiu o julgamento não unânime for o plenário ou a corte especial, não se aplica o disposto neste artigo. Art. 956. Os votos, os acórdãos e os demais atos processuais podem ser registrados em documento eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo, quando este não for eletrônico. § 1º Todo acórdão conterá ementa. § 2º Lavrado o acórdão, sua ementa será publicada no órgão oficial no prazo de dez dias. § 3º Não publicado o acórdão no prazo de trinta dias, contado da data da sessão de julgamento, as notas taquigráficas o substituirão, para todos os fins legais, independentemente de revisão; neste caso, o presidente do tribunal lavrará, de imediato, as conclusões e a ementa, e mandará publicá-lo. Art. 957. A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e das causas de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico. § 1º O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento far-se-á por meio eletrônico. Qualquer das partes poderá, no prazo de cinco dias, apresentar memoriais ou oposição ao julgamento por meio eletrônico. A oposição não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial. § 2º Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial. Art. 958. O agravo de instrumento será julgado antes da apelação interposta no mesmo processo. Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo de instrumento. Art. 959. Ocorrendo relevante questão de direito, que enseje conveniente prevenção ou composição de divergência entre órgãos fracionários do tribunal, deverá o relator, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento interno dispuser como competente para uniformização de jurisprudência; reconhecendo interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado dará conhecimento ao Presidente do Tribunal e julgará o recurso. § 1º Cientificado da assunção da competência, o presidente do tribunal dar-lhe-á ampla publicidade e determinará a suspensão dos demais recursos que versem sobre a mesma questão. § 2º A decisão proferida com base neste artigo vinculará todos os órgãos colegiados, salvo revisão de tese, na forma prevista no regimento interno do tribunal.”

Assim, questões ligadas a erros materiais no acórdão<sup>1050</sup> e aos atos cartorários responsáveis pelas intimações, certidões e de descida dos autos podem ser observadas pelas partes ou controladas pelo relator, a fim de que o processamento e o julgamento do recurso sejam considerados válidos e cumpram a sua função de modo adequado, possibilitando a devida continuação do feito no tribunal de origem.

### 7.7 Homologação de sentença estrangeira

A ordem pública<sup>1051</sup> também serve de fundamento e limite para a homologação de sentença estrangeira.

A receptividade das sentenças estrangeiras é disciplinada pelo direito internacional privado<sup>1052</sup>, responsável por gerir as relações entre Estados e suas respectivas parcelas de soberania, e cuja sede normativa pode ser encontrada nos artigos 105, I, “i”, da CF, 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e 483<sup>1053</sup> e 484<sup>1054</sup> do CPC.

A homologação de sentença estrangeira é um procedimento que objetiva conferir eficácia no Brasil a um provimento estrangeiro, que pode ser judicial ou não.

<sup>1050</sup> “*Questão de ordem. Existência de erro material no acórdão. Possibilidade de correção.* Art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil. Constatada a existência de inexatidão material no acórdão, autoriza-se, nos termos do art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, a correção pelo próprio julgador, a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte interessada. Questão de ordem que se decide no sentido de esclarecer que o provimento do recurso implicou a procedência do pedido inicial.” (STF – QO RE n. 161174/SP, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 17.10.1995, DJU, de 01.12.1995, p. 41.692)

<sup>1051</sup> “A experiência quase secular com o Código de 1916 demonstrou que se pode perfeitamente viver sem qualquer expressa referência legislativa ao princípio da ordem pública. Entendemos que se trata de um princípio tão imanente na nossa filosofia jurídica, no nosso sistema jurídico, na estrutura de nossa macroeconomia, que não há necessidade de fazer referência expressa a seus efeitos. Nossos tribunais sempre souberam detectar quando um contrato, um negócio, feria o princípio-mor, regulador do equilíbrio social e econômico. Condições contratuais, mesmo que aceitas por ambas as partes, que ferissem os valores básicos de nossa sociedade, os padrões aceitos pelo povo, a economia geral, sempre foram rejeitados por nossos tribunais sem qualquer expressa norma legislada com base na ordem pública. Certos princípios têm mais força, mais eficácia quando mantidos discretamente. E, no caso da ordem pública, esta descrição ainda é mais importante, pois, como é sabido, ela é volúvel, altera-se com a mudança de costumes, de mentalidades, de interesses nacionais, e o que feria a ordem pública no passado não pode mais ferir hoje e vice-versa. Perdeu o legislador do século XXI a oportunidade de seguir a sábia orientação do legislador de oito décadas atrás, que estabeleceu um regime que funcionou a pleno contento.” (DOLINGER, Jacob. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 828, p. 35, out. 2004).

<sup>1052</sup> “A ordem pública, fenômeno principiológico que atravessa todas as áreas do direito, merece especial consideração no plano do direito internacional privado, em que exerce um papel de extrema importância para garantir o adequado funcionamento de eventual aplicação pelo juiz nacional de normas de sistema jurídico estrangeiro.” (DOLINGER, Jacob, A ordem pública internacional em seus diversos patamares, cit., p. 33).

<sup>1053</sup> “Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>1054</sup> “Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.”



Antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, competia ao STF processar e julgar os feitos relativos à homologação de sentença estrangeira e à concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Contudo, com a alteração constitucional, a matéria passou a ser de competência do STJ, cuja regulamentação foi estabelecida por meio da Resolução n. 9 do STJ.<sup>1055</sup>

Trata-se de atribuição do presidente do STJ, mas em havendo contestação, o processo será submetido a julgamento pela Corte Especial e distribuído a um dos ministros que a compõem (arts. 2º e 9º, § 1º, da Res. n. 9).

De acordo com o artigo 5º da Resolução n. 9, são requisitos indispensáveis para a homologação de uma sentença estrangeira no Brasil: a) haver sido proferida por autoridade competente; b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter transitado em julgado; e, d) estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Registre-se que a Resolução n. 9 se preocupa em indicar as hipóteses de cabimento da homologação de sentença estrangeira, mas não detalha o seu procedimento.<sup>1056</sup>

No que tange aos fundamentos autorizativos da homologação de sentença estrangeira<sup>1057</sup>, estabelece o artigo 6º da Resolução que: “Não será homologada sentença estrangeira ou concedido o *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.”<sup>1058</sup>

<sup>1055</sup> STF. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/368/Res\\_9\\_2005\\_republicação.pdf?sequence=9](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/368/Res_9_2005_republicação.pdf?sequence=9)>. Acesso em: 01. mar. 2014.

<sup>1056</sup> Sobre o procedimento da homologação de sentenças estrangeiras no Brasil, ver: BESSA, Fernanda Lucas. A homologação de sentenças estrangeiras no Brasil e o caráter paradoxal das normas de DIP. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 76-96, jan./mar. 2008.

<sup>1057</sup> “*Sentença estrangeira. Ação de divórcio. Homologação*. 1. Alegação de nulidade de citação não procede quando há certidão de oficial de justiça estrangeiro que comprova o cumprimento da diligência citatória. 2. *Sentença estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que preenche as condições legais deve ser homologada*. 3. A jurisprudência do STJ e do STF autoriza a homologação de sentença estrangeira que, decretando o divórcio, convalida acordo celebrado pelos ex-cônjuges quanto à partilha de bens. 4. Sentença estrangeira e acordo firmado entre as partes homologados.” (STJ – SEC n. 3.269/EX (2011/0044970-3), Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07.05.2012, *DJe*, de 22/05/2012).

<sup>1058</sup> O STF distingue a ordem pública do interesse público para fins de homologação de sentença estrangeira: “Sentença estrangeira. Adoção. A regra do artigo 369 do Código Civil Brasileiro não é de ordem pública, mas de interesse público, não tendo eficácia de *lex-fori*, em face da adoção regida por lei de Estado. O Código Civil alemão prevê, no par-1.745, a dispensa do requisito da diferença mínima de idade entre adotante e adotado, podendo a sentença de adoção, proferida naquele país, ser homologada.” (STF – SE n. 3.638, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Madeira, j. 19.02.1986, *DJ*, de 07.03.1986, p. 2.838).

Como se observa, além dos requisitos específicos exigidos para a homologação de sentença estrangeira, aparecem como critérios legais a soberania e a ordem pública.<sup>1059</sup>

De qualquer modo, o objeto do procedimento não é o mérito<sup>1060</sup> ou a justiça da sentença estrangeira, mas apenas a análise do preenchimento de requisitos que conferem a sua eficácia no território nacional.

Resta então identificar o papel que a ordem pública<sup>1061</sup> exerce no procedimento em comento.<sup>1062</sup>

Em seu conteúdo material<sup>1063</sup>, estão insertos os fundamentos ideológicos que dão sustentação ao nosso Estado Democrático de Direito<sup>1064</sup>, especialmente os relacionados à não

<sup>1059</sup> A ordem pública repercute intensamente tanto no exame de sentença estrangeira como na aplicação do direito estrangeiro (CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 701, p. 49. mar. 1994).

<sup>1060</sup> “Processual civil. Sentença estrangeira. Homologação. Divórcio por mútuo consentimento. Requisitos legais atendidos. Homologação deferida. 1. *Em pedido de homologação de sentença estrangeira, a contestação deve-se limitar às questões pertinentes à regularidade da arbitragem ou da forma, sendo defeso discutir aspectos ligados ao mérito, salvo para a demonstração de eventual afronta à ordem pública, à soberania nacional e aos bons costumes.* 2. É vedado discutir-se a relação jurídica de direito material posterior à sentença. 3. A alegação da requerida – em relação ao cometimento por parte do requerente do crime de bigamia – deve ser oferecida em ação própria, no juízo competente. 4. A este Tribunal compete tão somente analisar a presença dos requisitos regimentais e formais – ter havido regular citação para contestar pedido de homologação de sentença traduzida por profissional juramentado no Brasil, proferida por juiz competente, transitada em julgado e autenticada por Cônsul brasileiro - que se mostram presentes. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.” (STJ – SEC n. 2.052/DE, Corte Especial, rel. Min. Castro Meira, j. 19.12.2007, *DJ*, de 21.02.2008, p. 30).

<sup>1061</sup> “A evolução do princípio da ordem pública no plano internacional seguiu as seguintes etapas: 1. Em cada jurisdição a ordem pública local rejeita a aplicação de direito estrangeiro que ofende os valores básicos do Foro (princípio do direito internacional privado). 2. Cada jurisdição estende as regras internas que refletem sua ordem pública para proteger outros países, mesmo quando estes não estabeleceram para si mesmos a mesma proteção. 3. Cada jurisdição deve tomar em consideração e respeitar a ordem pública estrangeira sempre que ela não se contraponha a sua própria ordem pública. 4. Cada jurisdição tratará como preeminentes os princípios que derivam da ordem pública realmente internacional, que protegem os interesses comuns da humanidade, mesmo quando isto leve a desrespeitar a ordem pública local.” (DOLINGER, Jacob, *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*, cit., p. 42).

<sup>1062</sup> “Tanto no exame da sentença estrangeira, como no exame de aplicação do direito estrangeiro, a ordem pública repercute intensamente na observação dos interesses nacionais, não ficando, o juiz nacional, apenas na vigilância quanto aos efeitos da sentença ou da lei, no Brasil, mas atento ao direito, sustentado no seu núcleo substancial, apontando o atentado à reserva da ordem pública nacional.” (CALIXTO, Negi, *Contratos internacionais e ordem pública*, cit., p. 49).

<sup>1063</sup> “Há, pois, um consenso de que a ordem pública se relaciona com os *princípios* que informam o ordenamento jurídico, sobre os quais as partes não têm disponibilidade, nem tampouco os órgãos jurisdicionais, quando solucionam os conflitos jurídicos.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Homologação da sentença estrangeira. ofensa à ordem pública*. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano 26, n. 88, p. 77, nov. 2006).

<sup>1064</sup> “A ordem pública interna dita todas as normas coativas do país, sejam imperativas ou proibitivas, são todas aquelas que não tenham caráter meramente supletivo ou dispositivo, ou seja, têm império absoluto e coativo sobre os cidadãos e às quais não se admite derrogação. Já a ordem pública internacional, refere-se a uma outra série de normas que respeitam ao mesmo tempo a nacionais e estrangeiros e que, sendo regra comum aos povos cultos, são um obstáculo ao reconhecimento do direito estrangeiro.” (MARQUES, Jussara Cristina. *Ordem pública, ordem privada e bem comum: conceito e extensão nos direitos nacional e internacional*. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Maringá, PR, v. 2, n. 1, p. 255, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/427/346>>. Acesso em: 20 jan. 2014).

infringência à soberania, à moralidade, aos bons costumes, à dignidade da pessoa humana<sup>1065</sup> e a outros valores inerentes à ordem constitucional.<sup>1066</sup>

Já o seu aspecto formal se relaciona à necessária observância, pelo Estado estrangeiro, da ordem pública processual<sup>1067</sup> no procedimento que originou o ato que se pretende homologar, como, de modo exemplificativo, a imparcialidade do juiz e o necessário contraditório.

Ressalte-se que as formalidades que envolvem a ordem pública processual do país estrangeiro não precisam coincidir exatamente com as existentes em nosso sistema processual, mas devem representar a observância mínima do processo justo a legitimar o ato que se pretende homologar.<sup>1068</sup>

No NCPC a matéria ganhou uma regulamentação mais detalhada, com a indicação de hipóteses de cabimento<sup>1069</sup>. De novidade, vê-se: a) a possibilidade de homologação de

<sup>1065</sup> “O artigo analisa um acórdão do Conselho de Estado Francês, de 1995, paradigma da discussão sobre os direitos fundamentais na Europa, porque acrescenta ao conceito tradicional de ‘ordem pública’, os de ‘moralidade’ e ‘dignidade da pessoa’. Ao proibir ‘o jogo de arremesso de anões’ em todo o território francês, o órgão máximo da Jurisdição Administrativa fez jus a sua posição de garantidor dos direitos fundamentais através de elaboradas construções jurisprudenciais. Palavras-chave: Dignidade, Conselho de Estado Francês. Ordem Pública.” (TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, ano 2, n. 5, p. 186, out./dez. 2008).

<sup>1066</sup> “[...] a situação e o estado de legalidade normal, em que o Estado exerce sua atribuição e os súditos o respeitam e acatam – estão ligados mais à soberania do Estado para salvaguarda da coletividade, firmando a certeza de que toda tentativa de agressão ou ofensa à ordem social deve ser repelida pela ineficácia dos efeitos da lei ou da sentença estrangeira, no território, na *lex fori*.” (CALIXTO. Negi. Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1987. p. 72).

<sup>1067</sup> “Do ponto de vista teórico, a categoria que melhor expressa a noção de *ordem pública processual* é o modelo do *giusto processo*, de difícil conceituação. Sem embargo, de forma geral, pode-se dizer que tal fórmula compendiosa abrange várias garantias, tais como ‘a imparcialidade e a *terzietà* do juiz; a necessidade de contraditório entre as partes em condições de igualdade; a razoável duração do processo (...); a informação tempestiva e reservada sobre a natureza de acusação sofrida; a concreta possibilidade de defesa através de tempo e condições necessárias para prepara-la, com a faculdade de interrogar pessoas (...); a formação da prova mediante contraditório entre as partes’, entre tantos outros aspectos, que – à mingua de um modelo teórico exaustivo – sempre terão de ser examinadas caso a caso.” (KNIJNIK, Danilo. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro; ou a verificação, pelo STJ, do “modo de ser” do processo estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 156, p. 70, fev. 2008).

<sup>1068</sup> “Nesse contexto, sendo ‘pressuposto’ do juízo homologatório o respeito à ordem pública processual (art. 6º da Resolução 9/2005 do STJ), tem a Corte o poder-dever de estender seu controle sobre o *modo de ser do processo estrangeiro*, para verificar, de ofício ou por exceção da parte interessada, se os princípios mais gerais do processo civil contemporâneo, enucleados na noção de *giusto processo*, foram ou não respeitados. Pela mesma razão, deve ser admitida, em caráter excepcional, a exceção de fraude, pois a outorga de eficácia à decisão por essa via obtida igualmente representa ofensa à cláusula em comento.” (KNIJNIK, Danilo. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro; ou a verificação, pelo STJ, do “modo de ser” do processo estrangeiro, cit., p. 75).

<sup>1069</sup> “Art. 972. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado. § 1º A decisão interlocutória estrangeira poderá ser executada no Brasil por meio de carta rogatória. § 2º A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. § 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo. Art. 973. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil

medidas de urgência, interlocutórias e finais; b) a homologação de decisão para fins de execução fiscal; c) a homologação de medidas de urgência sem a oitiva do réu, mas desde que garantido o contraditório posterior; d) não será homologada a decisão na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.<sup>1070</sup>

## 7.8 Suspensão da segurança

A ordem pública – ao lado da economia pública<sup>1071-1072</sup>, saúde pública e segurança pública – também pode ser invocada como fundamento para a apresentação do incidente

---

após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado. § 1º É passível de homologação a decisão judicial definitiva, bem como a não judicial que, pela lei brasileira, teria natureza jurisdicional. § 2º A decisão estrangeira poderá ser homologada parcialmente. § 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência e realizar atos de execução provisória no processo de homologação de decisão estrangeira. § 4º Haverá homologação de decisão estrangeira para fins de execução fiscal quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira. § 5º A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. § 6º Na hipótese do § 5º, competirá a qualquer órgão jurisdicional examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em processo de sua competência. Art. 974. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência. § 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória. § 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior. § 3º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira. § 4º Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo órgão jurisdicional competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Art. 975. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I - ser proferida por autoridade competente; II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III - ser eficaz no país em que foi proferida; IV - não ofender a coisa julgada brasileira; V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI - não haver manifesta ofensa à ordem pública. Parágrafo único. Para a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, observar-se-ão os pressupostos previstos no *caput* deste artigo e no art. 974, § 2º. Art. 976. Não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Parágrafo único. O dispositivo também se aplica à concessão do *exequatur* à carta rogatória. Art. 977. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional. Parágrafo único. O pedido de execução deverá ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória ou do *exequatur*, conforme o caso.”

<sup>1070</sup> Marinoni observa a impropriedade técnica da terminologia “competência” no lugar de “jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176-177).

<sup>1071</sup> “O requisito da economia pública abrange a administração do patrimônio do Estado e também a atividade privada em matéria financeira e econômica que se desenvolve sob o controle estatal e que interessa à economia pública, nos termos dos artigos 21, VII e VIII; 22, VI, VII e XIX, e 174 §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal. Assim, são todos os atos com aptidão de lesar financeiramente a coletividade ou à economia pública.” (SILVA, Ivan Luiz da. *Suspensão de execução de decisão judicial na alta jurisprudência brasileira*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 836, p. 77, jun. 2005).

<sup>1072</sup> “1. Suspensão de segurança. Efeito multiplicador. Lesão à economia pública. Ocorrência. Pedido deferido. Agravo regimental improvido. Precedente. *O chamado efeito multiplicador, que provoca lesão à economia pública, é fundamento suficiente para deferimento de pedido de suspensão*. 2. Servidor público. Inativo. Remuneração. Proventos de aposentadoria. Vantagem pecuniária incorporada. Não sujeição ao teto previsto no art. 37, XI, da CF. Inadmissibilidade. Suspensão de Segurança deferida. Agravo improvido. Precedentes. A

processual de suspensão da segurança, destinado a suspender ato judicial com grave risco de lesão ao interesse público.

O instituto da suspensão da segurança é utilizado nos feitos em que a Fazenda Pública figura no polo passivo da demanda, e visa a atacar a eficácia de um pronunciamento judicial, que pode ser uma liminar, sentença, acórdão ou medida de segurança, nas hipóteses legalmente especificadas. Trata-se, na verdade, de uma prerrogativa processual do Poder Público, que visa a proteger relevantes interesses da sociedade, que são por ele geridos.

A suspensão da segurança, inicialmente inspirada na ação de mandado de segurança, teve como marco legal o artigo 4º da Lei n. 4.348/64 (que limita a concessão de liminares contra o Poder Público), mas posteriormente foi aproveitada por outros procedimentos, como o artigo 12, parágrafo 1º, da Lei n. 7.347/85 (que instituiu a ação civil pública para a defesa dos direitos difusos e coletivos), o artigo 25 da Lei n. 8.038/90 (conhecida como Lei dos Recursos e base legislativa do STF e STJ), o artigo 4º da Lei n. 8.437/92 (que versa sobre a concessão de medidas liminares contra o Poder Público e também prevê o instituto), o artigo 1º da Lei n. 9.494/97 (que trata da tutela antecipada contra o Poder Público) e o artigo 16 da Lei n. 9.507/97 (que regula o procedimento do *habeas data*).<sup>1073</sup>

Assim, o requerimento de suspensão da segurança constitui um incidente processual, de caráter excepcional, contra ato judicial em vigor, que pode ser uma decisão, sentença ou

---

percepção de proventos ou remuneração por servidores públicos acima do limite estabelecido no art. 37, XI, da Constituição da República, na redação da EC nº 41/2003, caracteriza lesão à ordem pública.” (STF – AgR SS n. 4.423, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. 10.11.2011, *DJe*, de 07.12.2011).

<sup>1073</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70-95.

acórdão, não possuindo, assim, natureza recursal<sup>1074</sup> e nem administrativa. A sua natureza jurídica<sup>1075</sup> é de uma contracautela.<sup>1076</sup>

Esse instrumento processual pode ser requerido pela pessoa jurídica de direito público interessada ou então pelo Ministério Público, e é dirigido ao presidente do tribunal de justiça vinculado, objetivando a suspensão da eficácia de decisões judiciais potencialmente lesivas ao interesse público.

O rol dos legitimados ativos ao manuseio da suspensão de segurança vem sendo estendido pela doutrina e pela jurisprudência do STF e STJ, que ainda incluem as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as pessoas e órgãos de direito privado que, em exercício de função delegada, tenham que suportar os efeitos da decisão.<sup>1077</sup>

Como já adiantado, a competência para conhecer do pedido é do presidente do tribunal de justiça vinculado ao conhecimento da causa principal, tratando-se, pois, de competência hierárquica originária<sup>1078</sup>. Ressalte-se que a medida pode ser concedida liminar ou definitivamente.

---

<sup>1074</sup> “Agravo regimental na suspensão de segurança. Grave lesão à ordem pública e econômica. Inexistência. Benefícios previdenciários pagos por longo tempo. *Indevida utilização como sucedâneo recursal*. Pedido de suspensão indeferido. Agravo regimental desprovido. I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se admite a utilização do pedido de suspensão exclusivamente no intuito de reformar a decisão atacada, olvidando-se de demonstrar concretamente o grave dano que ela poderia causar à saúde, segurança, economia e ordem públicas. II - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. III - O pedido de suspensão é instrumento inidôneo para se verificar o acerto ou o desacerto de decisões judiciais. Incabível, em sede de excepcional e limitado pedido suspensivo, cotejar as questões fáticas e jurídicas dos diversos casos (e suas peculiaridades) apreciados em cada um dos writs impugnados. IV - Por se tratar de benefício previdenciário, de inegável caráter alimentar, que já vinha sendo pago há alguns anos com presumida previsão orçamentária, exclui-se a possibilidade de que as decisões judiciais tenham causado inesperado impacto de alta magnitude no custeio do plano global de previdência estadual. V - O periculum in mora inverso e a suposta irreversibilidade da decisão, sem embargo de seu peso no pedido de suspensão, devem ser avaliados, em regra, no âmbito da escala recursal pertinente. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgR SS N. 2.690/SP, Corte Especial, rel. Min. Felix Fischer, j. 19.02.2014, *DJe*, de 26.02.2014).

<sup>1075</sup> “Agravo regimental. Suspensão de segurança. Ocorrência de lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-constitucional. Teto. Subteto. Emenda Constitucional 41/03. Decreto estadual 48.407/04. 1. Lei 4.348/64, art. 4º: subsunção a uma de suas hipóteses. *Configuração de grave lesão à ordem pública: deferimento do pedido de contracautela*. 2. Possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador". 3. Alegação de afronta aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos: matéria de mérito dos processos principais. Inadequação da sua apreciação em suspensão de segurança, que tem pressupostos específicos. 4. Agravo regimental improvido.” (STF – AgR SS n. 2.964, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.10.2007, *DJe*, de 08.11.2007).

<sup>1076</sup> Entendendo se tratar de atividade de conhecimento do órgão jurisdicional, ver: RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, cit., p. 197.

<sup>1077</sup> SILVA, Ivan Luiz da, *Suspensão de execução de decisão judicial na alta jurisprudência brasileira*, cit., p. 70.

<sup>1078</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha, *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, cit., p. 137-144.

O procedimento e o prazo não foram muito detalhados pela legislação, que priorizou estabelecer as hipóteses de cabimento. De qualquer forma, faz-se imperiosa a observância do contraditório nesse incidente.

Ademais, no procedimento de suspensão de segurança não se adentra em extensão na apreciação do mérito<sup>1079</sup> da controvérsia objeto da demanda originária, mas apenas a presença dos requisitos legais, embora deva haver um mínimo de delibação quanto à matéria discutida na segurança.<sup>1080</sup>

Limita-se, pois, a averiguar a potencialidade lesiva do ato decisório impugnado ao interesse público alegado, ou seja, por meio de um juízo de cognição quanto à lesividade do ato atacado. Assim, basta a presença do risco de grave lesão a um dos interesses especificados no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, para que a medida possa ser deferida.<sup>1081</sup>

Por sua vez, no incidente de suspensão de segurança não há discricionariedade na análise de seu cabimento, sendo que a situação deve demonstrar de forma concreta e satisfatória o iminente o risco de lesão grave ao interesse público. Do mesmo modo, esse instrumento processual não pode ser utilizado com fins políticos, para não configurar um abuso das prerrogativas processuais.<sup>1082</sup>

De qualquer forma, o pedido de suspensão de segurança lastreado em grave risco da ordem pública é o mais comum. Haverá potencialidade lesiva à ordem pública quando o ato

<sup>1079</sup> “Concurso público. Magistratura. Prática Jurídica. Tempo de atividade. Contagem. Deferimento em mandado de segurança. Pedido de suspensão. Inadmissibilidade. Necessidade de reexame das provas. Risco de dano inverso. Pedido indeferido. Agravo improvido. *Não se defere pedido de suspensão de segurança, quando, para tanto, se exija cognição ampla de todos os elementos de fato e de direito da causa.*” (STF – AgR SS n. 4.126, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. 16.09.2010, DJe, de 30.09.2010).

<sup>1080</sup> “Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança: suspensão. Mérito da segurança: delibação. Competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal. I. - Matéria constitucional discutida e decidida na ação de segurança. Competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal para apreciação do pedido de suspensão da segurança. Lei nº 8.038, de 1990, art. 25. II. - *Mérito da causa: delibação: necessidade de, na decisão que examina o pedido de suspensão da segurança, observar-se um mínimo de delibação da matéria discutida na segurança. É que, se para a concessão da cautelar, examina-se a relevância do fundamento, o fumus boni juris e o periculum in mora Lei nº 1.533/51, art. 7º, II - na sua suspensão, que constitui contracautela, não pode o Presidente do Tribunal furtar-se a um mínimo de apreciação daqueles requisitos.* Precedente do STF: SS 846 (AgRg)-DF, Pertence, Plenário, 29.5.96, DJ de 08.11.96. III. - Ordem pública: ordem pública administrativa: princípio da legalidade: execução provisória que arrosta proibição legal: hipóteses excepcionadas nos arts. 5º, par. único, e 7º da Lei nº 4.348/64. CPC, art. 588, II. A execução imediata, pois, da decisão que concedeu a segurança, arrostando proibição legal, seria atentatória à ordem pública, presente a doutrina do Ministro Néri da Silveira, a respeito do conceito de ordem pública. SS 846 (AgRg)-DF, Pertence. IV. - Grave lesão à economia pública. Lei nº 4.348/64, art.4º; Lei nº 8.038/90, art.25; RI/STF, art. 297. V. - Agravo não provido.” (STF – AgR SS n. 1.272, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10.02.1999, DJ, de 18.05.2001, p. 435).

<sup>1081</sup> SILVA, Ivan Luiz da, Suspensão de execução de decisão judicial na alta jurisprudência brasileira, cit., p. 73.

<sup>1082</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*, cit., p. 178-185.

impugnado criar indevido obstáculo ao regular exercício das funções da Administração pública ou contra o exercício regular da função legiferante.<sup>1083</sup>

Destarte, ao intérprete caberá avaliar o caso concreto<sup>1084</sup> e a potencial extensão lesiva do ato judicial<sup>1085</sup> sobre bem<sup>1086</sup> ou valor jurídico de ordem pública<sup>1087</sup>, devendo se basear em critério objetivo ou em princípios constitucionais.<sup>1088</sup>

Sendo assim, indispensável se mostra a aplicação de um juízo de proporcionalidade e de razoabilidade quando da análise do pedido de suspensão dos efeitos da medida liminar ou definitiva.

Portanto, a suspensão de segurança constitui relevante instrumento processual posto à disposição da Fazenda Pública, destinado a tutelar os interesses públicos ameaçados ou lesados por pronunciamento judicial, especialmente para a proteção da ordem pública.

<sup>1083</sup> SILVA, Ivan Luiz da, Suspensão de execução de decisão judicial na alta jurisprudência brasileira, cit., p. 76.

<sup>1084</sup> “Precatório. Ausência de pagamento. Isenção de Imposto de Renda retido na fonte até quitação do valor devido pela Fazenda. Suspensão de segurança. Grave lesão à ordem e economia públicas não demonstradas. Inviabilidade do incidente. Agravo regimental não provido. *O risco hipotético ou potencial de grave lesão aos interesses públicos não é suficiente para deferimento do pedido de suspensão.* (STF – AgR SS n. 4.242, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. 18.05.2011, *DJe*, de 01.06.2011).

<sup>1085</sup> “Suspensão de segurança. Agravo regimental improvido. Concessão de suspensão mantida. Alegação de omissões. Impossibilidade de reexame de provas em recurso extraordinário, depósito em juízo de tributos devidos e cumprimento de obrigações acessórias. Irrelevância. Embargos de declaração rejeitados. *O risco de grave lesão à ordem pública administrativa, pela ocorrência de dupla sistemática de tributação, é fundamento suficiente para manutenção de deferimento de pedido de suspensão.*” (STF – AgR ED SS n. 4.177, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. 18.05.2011, *DJe*, de 01.06.2011).

<sup>1086</sup> “Precatório. Determinação de pagamento imediato. Inadmissibilidade. Grave dano à ordem e economia públicas. Ordem cronológica. Observância obrigatória. Suspensão de segurança deferida. Agravo regimental improvido. *Há risco de grave lesão à ordem e à economia públicas na decisão judicial que determina imediato pagamento de precatórios de valores elevados, sem obediência à ordem cronológica.*” (STF – AgR SS n. 4.090, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso (Presidente), j. 17.02.2011, *DJe*, de 11.03.2011).

<sup>1087</sup> “*Suspensão de segurança. Ajuizamento no Supremo Tribunal Federal. Impugnação a decisão que concede efeito suspensivo ativo a agravo de instrumento. Admissibilidade. Incidente conhecido. Agravo regimental improvido. Precedentes.* É admissível pedido de suspensão, que versa sobre questão constitucional, contra decisão que concede efeito suspensivo ativo em agravo de instrumento. 2. Suspensão de segurança. Efeito multiplicador. Lesão à ordem pública. Ocorrência. Pedido deferido. Agravo regimental improvido. O chamado ‘efeito multiplicador’, que provoca lesão à ordem pública, é fundamental suficiente para deferimento de pedido de suspensão.” (STF – AgR SS n. 4.321/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Presidente, j. 01.06.2011, *DJe*, de 30.06.2011, p. 26).

<sup>1088</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. A lesão à ordem pública como fundamento de suspensão dos efeitos de medida liminar e de sentença. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 3, n. 11, p. 217. out./dez. 2005.



## 8 O CONTROLE DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

### 8.1 Introdução

A ordem pública processual, que se manifesta no processo como técnica de controle da regularidade do processo, também pode ser invocada judicialmente para questionar a validade de outros meios adequados de solução de controvérsias.<sup>1089</sup>

Nesse caso, a ordem pública processual agiria como um verdadeiro limite à autonomia das partes e também aos órgãos que atuaram na resolução da controvérsia, visando à preservação das garantias constitucionais.

Não obstante, os diferentes meios de solução de controvérsias possuem questões formais e materiais que devem ser fiscalizadas pelo magistrado, pois seus efeitos não são automáticos e nem de livre disposição das partes. Assim, cada instrumento de composição de litígio possui características próprias que podem demandar um nível diferente de formalidade, mas todos eles, uma vez judicializados, devem se submeter ao controle criterioso do juiz.

Como é sabido, há formas judiciais e extrajudiciais<sup>1090</sup> de composição das controvérsias<sup>1091</sup>, as quais não se contrapõem, mas, ao contrário, se complementam como métodos eficazes de solução de conflitos.<sup>1092</sup>

O reconhecimento dessa circunstância tem motivado cada vez mais o Poder Judiciário a oferecer à sociedade técnicas diferenciadas de composição de litígios, inspirado na iniciativa norte-americana de tribunal multiportas, que tem ao fundo a presença do juiz garantidor da regularidade e da adequação.

---

<sup>1089</sup> De se referir que o CNJ editou a Resolução n. 125/2010, que trata da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

<sup>1090</sup> Analisando a relação das ADRs com a privatização da justiça, ver: TANIGUCHI, Yasuhei. How much does Japanese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 210-211.

<sup>1091</sup> Fazendo um contraponto entre a tutela jurisdicional e as outras técnicas de resolução das controvérsias: TROCKER, Nicolò. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale. In: FAZZALARI, Elio (Dir.). *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 439-487.

<sup>1092</sup> Confirmando a tendência mundial em utilizar os meios alternativos de solução de conflitos, a Comissão Europeia propôs um texto regulamentando o uso da mediação em matéria civil e comercial, considerando especialmente o artigo 24 dos Princípios ALI/UNIDROIT, relativos ao processo civil transnacional, redigido conjuntamente pelo American Law Institute e UNIDROIT (FERRAND, Frédérique, *La conception du procès civil hors de France, in 1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, cit., p. 289).

Por sua vez, no âmbito privado, também tem sido incentivado o uso de meios mais adequados de resolução das controvérsias, criando-se, inclusive, novos mercados de trabalho.

Essa interação entre o público e o privado é fundamental para solidificação de uma cultura não adversarial de solução de conflitos, além de contribuir para a efetiva contribuição da técnica compositiva às particularidades do caso concreto.

Quando as avenças são realizadas no âmbito judicial, o controle da regularidade é instantaneamente exercido pelo magistrado, inclusive nas etapas que antecedem a consolidação do acordo. Contudo, restando concluída a avença na esfera extrajudicial, para que haja a chancela do Poder Judiciário, será imprescindível uma análise cuidadosa do magistrado, para que a resolução surta seus efeitos legais e judiciais.

Dito isso, este estudo abordará apenas a conciliação, a mediação, a arbitragem e o termo de ajustamento de conduta, uma vez que constituem importantes instrumentos de pacificação social, e suas técnicas devem, sempre que possível, ser aplicadas na solução de controvérsias envolvendo os direitos individuais e transindividuais, tanto na esfera judicial como na extrajudicial, sendo certo que a relevância dessa última consiste não só em evitar a judicialização do conflito, mas também por muitas vezes se traduzir na forma mais eficaz de resolver os problemas sociais. Ademais, esses quatro institutos são os principais alvos de questionamento e controle judicial, de modo a merecer uma específica atenção pela doutrina.

Ressalte-se que a verificação da regularidade desses meios de resolução de controvérsias deve ser interpretada sempre restritivamente, são só para que haja a mínima intervenção judicial no tipo de método escolhido pelas partes, mas também para poder incentivar cada vez mais a utilização de formas não judiciais de solução de conflitos.

Portanto, inicialmente serão relacionados os requisitos de controle judicial comuns aos meios não judiciais de solução de controvérsias e, após, será analisado mais detalhadamente como o controle judicial atua em cada procedimento, já que sua aplicação pode ocorrer em menor ou maior extensão, dependendo das particularidades do próprio meio de solução de controvérsia em questão, bem como das do caso concreto.

## **8.2 Requisitos do controle judicial dos meios alternativos de solução de conflito**

Os requisitos a serem observados nos meios não judiciais de composição submetidos ao controle jurisdicional podem ser divididos em materiais e formais.

Os requisitos materiais compreendem capacidade dos sujeitos, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, proporcionalidade e razoabilidade, e executoriedade. Já os

requisitos processuais se relacionam com a cláusula do devido processo legal, especialmente o contraditório e a imparcialidade do terceiro intermediador, no que couber.

No que tange aos aspectos materiais, verifica-se que os três primeiros elementos coincidem com os requisitos próprios dos negócios jurídicos. Por sua vez, os dois últimos se relacionam com os padrões mínimos de equilíbrio da avença, bem como a sua viabilidade prática, para que não tenha a sua validade ou ineficácia questionadas.

Não obstante, deve ser considerado que, a partir do momento em que os requisitos materiais ingressam no processo, passam a ganhar contorno e dimensão processuais, de modo que o controle dos requisitos e as consequências decorrentes de eventual defeito passam a sofrer uma modulação mais condizente com as finalidades do processo.

Sendo assim, passa-se à análise mais individualizada dos referidos requisitos.

Capacidade dos sujeitos: a capacidade civil é a estabelecida, em regra, pelo Código Civil, mas poderão ser consideradas outras hipóteses previstas na lei ou na jurisprudência. Além disso, a aferição da capacidade, dentro do processo, inclui a de ser parte, a processual e a postulatória, de forma que, existindo defeito em qualquer delas, pode dar ensejo à nulidade da resolução do conflito.

Objeto lícito: o juiz deve exercer controle sobre a licitude da avença, impedindo que a constituição de obrigações pelas partes se dê de forma ilegal (ex.: dispensa de custas processuais) ou com finalidades ilícitas (v.g. fraude).

Forma prescrita ou não defesa em lei: aqui deve ser considerado que, além das prescrições próprias do direito material, há necessidade de se atender às formalidades processuais, tanto do CPC como de outras normas, como leis especiais, resoluções do CNJ ou leis de organização judiciária.

Proporcionalidade e razoabilidade: a proporcionalidade se verifica considerando o meio que se utiliza para atingir o fim pretendido. Já a razoabilidade diz respeito ao atendimento à ordem pública material. São aspectos de cunho material da solução do conflito relacionados à onerosidade excessiva das obrigações e ao estabelecimento de condições desumanas, imorais ou incompatíveis com o objeto litigioso. Trata-se de controle judicial da extensão qualitativa e quantitativa da resolução da controvérsia.

Executoriedade: esse requisito se aplica sobre a viabilidade prática do conteúdo da resolução, que deve ser plenamente executável, para que possa surtir efeitos legais, processuais e pragmáticos. Assim, cabe ao juiz exercer o controle da eficácia fática e jurídica do que restou estabelecido, afastando a eventual inexecutabilidade do ato.

Além desses, existem os requisitos formais, em atendimento ao devido processo legal. Com efeito, o controle judicial dos meios de solução de controvérsias também abrange aspectos voltados à proteção do equilíbrio processual entre os sujeitos envolvidos, tanto em relação às partes, quanto ao terceiro que formalmente interfira na composição. Assim, deve ser observado o cumprimento de formalidades mínimas que garantam a dialética entre as partes, bem como que assegurem, em caso de participação de um terceiro intermediador, que ele estará investido da necessária imparcialidade, de qualificação adequada, na forma da legislação em vigor, e de imparcialidade.

Em suma, o controle judicial dos meios alternativos de solução de conflitos envolve a análise da capacidade dos sujeitos e da licitude de objeto, bem como o atendimento aos preceitos constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade. Não bastasse, faz parte ainda da verificação judicial a possibilidade real de execução da composição, o que deve ser extraído do próprio conteúdo do que restou estabelecido no ato, e não apenas sob o ângulo da liberdade das partes ou da disponibilidade do direito tutelado. Por fim, o controle deve ser exercido sob o manto do devido processo legal.

Como se vê, a possibilidade de chancela judicial das relações jurídicas faz com que o juiz tenha pleno domínio sobre os efeitos decorrentes de seu ato jurisdicional, incluindo a análise concreta da eficácia do ato resolutivo.

Portanto, é a técnica da ordem pública processual sendo aplicada de forma plena, a justificar o interesse na judicialização de meios adequados de solução de conflitos e a legitimar a intervenção estatal.

### **8.3 A ordem pública processual nos meios de composição em espécie**

#### **8.3.1 Conciliação e mediação**

A conciliação e a mediação<sup>1093</sup> são formas heterotópicas de resolução de controvérsia, ou seja, em que há a participação de um terceiro intermediando ou facilitando a solução do conflito.

---

<sup>1093</sup> O Projeto do Novo CPC (arts. 166 a 176), em boa hora, reconhece o instituto da mediação como um mecanismo hábil à pacificação social. Além disso, trata dos mediadores e dos conciliadores, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliares da justiça, estando, inclusive, sujeitos aos motivos de impedimento e suspeição.

O primeiro método – conciliação – já está bastante difundido em nosso ordenamento e vem representando um significativo papel na solução amigável dos conflitos, ainda que não reduza, necessariamente, o número de processos e o congestionamento do Poder Judiciário.

Quanto à mediação<sup>1094</sup>, trata-se de um instituto de aplicação ainda limitada por questões culturais e legislativas, mas que vem aos poucos quebrando resistências e se inserindo em nosso meio jurídico. Em apertada síntese, a mediação<sup>1095</sup> é um mecanismo de resolução de conflito em que as próprias partes constroem, em conjunto, um sistema de decisão, satisfazendo a todos os envolvidos e oxigenando as relações sociais. Trata-se de uma mudança ousada em relação às formas tradicionais de solução de controvérsias<sup>1096</sup>, sem, contudo, significar a denegação da justiça ou da função do Estado de dizer o direito pelo sistema judicial.<sup>1097</sup>

A conciliação possui previsão legal no CPC e em algumas legislações especiais. A mediação<sup>1098</sup>, por sua vez, apesar de já ser bastante utilizada em nosso ordenamento jurídico, ainda carece de força normativa<sup>1099</sup>, para que seus efeitos tenham legitimação social e possam proporcionar relevantes benefícios à sociedade.

---

<sup>1094</sup> “Pode-se entender por mediação o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias.” (GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19-20).

<sup>1095</sup> Acerca da origem e evolução do instituto da mediação, ver: CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione dele controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D’America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). *L’altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione dele controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 129-156.

<sup>1096</sup> Questionando as premissas utilizadas no movimento favorável ao acordo, ver: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel de Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós; coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145.

<sup>1097</sup> Sobre o momento histórico do surgimento da mediação na Argentina, consultar: ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediación prejudicial*. Buenos Aires: Editorial Histórica Emilio J. Perrot, 2008. p. 17-18. (Visión Compartida, 8). Em relação à história e à evolução da prática da mediação em outras culturas mundiais, ver: MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 3rd ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2003. p. 20-42.

<sup>1098</sup> A mediação também vem sendo instituída em diversos ordenamentos jurídicos e já possui regulamentação nos Estados Unidos, na Argentina, no Uruguai, no Japão, na Austrália, na Itália, na Espanha e na França, dentre outros, tendo inclusive o Conselho da União Europeia emitido a Diretiva n. 52, de 21.05.2008, em que define a mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

<sup>1099</sup> Está atualmente em tramitação no Senado Federal o PLS 517/2011 do senador Ricardo Ferraço, do Espírito Santo, objetivando regular de modo abrangente a mediação, suprindo, assim, a lacuna existente em nossa legislação.

O controle judicial da regularidade desses dois institutos é feita de modo bem similar, embora se reconheçam as diferenças conceituais e procedimentais que os envolvem.<sup>1100</sup>

Quanto à aplicação dos requisitos estabelecidos, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, proporcionalidade e razoabilidade, executoriedade e atendimento ao devido processo legal devem ser controlados da forma já esclarecida, de acordo com as especificidades do caso concreto, no que couber.

Entretanto, as particularidades no controle judicial da conciliação e da mediação<sup>1101</sup> ficam por conta dos sujeitos envolvidos.

Em relação às partes, deve ser atendida a capacidade de ser parte, a processual e a postulatória, conforme já analisado. Chama-se atenção, apenas, para o fato de ainda ser controvertida a necessidade da participação de advogado na sessão e na elaboração do acordo em si, visando não só ao equilíbrio da avença, mas também ao bom aperfeiçoamento técnico das cláusulas.

Entretanto, mesmo que se entenda pela obrigatoriedade da presença de advogado na sessão e no acordo de conciliação ou mediação, o não atendimento desse requisito poderá perfeitamente ser relevado pelo magistrado, caso se constate que o ato atingiu a sua finalidade e não causou qualquer prejuízo aos envolvidos, até porque a presença do advogado, quando do pedido homologatório do acordo em juízo, faz suprir a irregularidade, uma vez que pode ser considerado como uma ratificação do teor do termo do ajuste, preservando, assim, os atos de vontade já manifestados pelas partes.

Deixe-se assente que o fato de o advogado ter participado do acordo em nada compromete ou diminui o grau de controle que deve ser exercido pelo juiz da avença judicializada, embora seja fator capaz de reduzir consideravelmente a ocorrência de defeitos.

No tocante à imparcialidade do terceiro intermediador, pode ocorrer algum questionamento quanto à sua qualificação, tendo em vista que tanto os conciliadores quanto

---

<sup>1100</sup> Gabriela Assmar defende que os mesmos controles judiciais utilizados na arbitragem poderiam ser aplicados à mediação, como forma de proteção das partes, sintetizando quais seriam: *“The federal judiciary has developed further the statutory standards and created other categories for vacating arbitration awards, which can be pointed out as: essence of the contract, manifest disregard of the law, illegality and public policy.”* (ASSMAR, Gabriela. *Judicial review of mediators’ conduct*. 1999. Tese (LLM in Comparative Jurisprudence) – New York University, School of Law, 1999. p. 35).

<sup>1101</sup> Defendendo o controle judicial da mediação, ver: MURRAY, Peter L. *Mediation and civil justice: a public-private partnership?* In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 555.

os mediadores necessitam atender a certos requisitos, para se tornarem aptos ao desenvolvimento da função.<sup>1102</sup>

Com efeito, os conciliadores e os mediadores devem ser devidamente cadastrados e passar por constantes cursos de aperfeiçoamento, para exercerem a tarefa. Nesse ponto, de igual modo, tendo havido alguma irregularidade, pode o magistrado superá-la, desde que o ato atinja a finalidade esperada, e para que não ocorram prejuízos às partes.

Como se vê, os aspectos relacionados à presença do advogado ou à qualificação dos terceiros intermediadores são importantes discussões capazes de ensejar reflexos na tentativa de desconstituição de acordo que se convalidou em título executivo extrajudicial. Contudo, tendo sido o acordo submetido ao controle judicial para ser constituído título executivo, haverá considerável limitação do objeto cognitivo de eventual tentativa de impugnação.

### 8.3.2 Arbitragem nacional e internacional

A arbitragem, que pode se dar no âmbito nacional ou internacional, é um método de solução de conflito utilizado por partes que, em causas de grande valor e/ou de maior complexidade, preferem atribuir a um árbitro, pessoa geralmente especialista no tipo de controvérsia em questão, o julgamento da questão, ao invés de submetê-la ao crivo do Poder Judiciário.

Trata-se de instituto que privilegia a ampla autonomia das partes, inclusive no que tange à opção por um julgamento sem a interferência da jurisdição estatal, mas que nem por isso fica isento do controle pelo Poder Judiciário.

Esse controle, contudo, deve ser exercido de forma restritiva<sup>1103</sup>, de modo a respeitar ao máximo as decisões arbitrais, até mesmo para que a arbitragem ganhe legitimidade e credibilidade social.

---

<sup>1102</sup> A Diretiva Europeia 52 de 2008 também se preocupou com a qualificação e aperfeiçoamento contínuo dos mediadores (BESSO, Chiara. L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 66, n. 3, p. 868, sett. 2012).

<sup>1103</sup> “Embora o controle da compatibilidade da sentença arbitral com a ordem pública a cargo do juiz tenha de ser efectivo, ele deve ser exercido de modo *comedido*, de modo a não conduzir à revisão daquela sentença nem à sistemática anulação da decisão do árbitro que cometeu um erro, ao proferi-la. Assim, não basta que tenha existido uma mera *violação formal* da ordem pública (a mera inobservância das normas de ordem pública aplicáveis ao caso). É necessário que tenha se verificado uma *violação efectiva ou concreta* de regras ou princípios de ordem pública (i.e., que os seus objetivos específicos tenham sido afrontados), para que se possa anular a sentença arbitral. Deve, por isso, ser mantida uma sentença arbitral que, embora ignore formalmente uma regra ou princípio de ordem pública, não consagre no final uma situação inconciliável com o que resultaria da correcta aplicação de tal norma ou princípio.” (CAMELO, António Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, v. 32, p. 167, jan./mar. 2012).

No Brasil, a arbitragem é regulamentada pela Lei n. 9.307/96. As formas e o procedimento arbitral são pouco tratados pela Lei de Arbitragem, a qual também não prevê a aplicação subsidiária do CPC, permitindo grande flexibilidade de adequação ao caso concreto. Não obstante, a liberdade conferida pelo instituto se aplica ao próprio direito material.<sup>1104</sup>

Com efeito, o artigo 2º da Lei prevê que fica a critério das partes as regras de direito que serão aplicadas, tendo como limites os bons costumes e a ordem pública.<sup>1105</sup>

A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, inclusive entre as partes e seus sucessores, constituindo título executivo, se tiver natureza condenatória<sup>1106</sup>. No entanto, o artigo 32 da Lei elenca as hipóteses capazes de anular a sentença arbitral.

Discute-se na doutrina se a sentença arbitral poderia ser desconstituída por motivos não tipificados na Lei<sup>1107</sup>. Entretanto, essa não foi a intenção do legislador, que preferiu especificar as hipóteses cabíveis, evitando-se ampliações indevidas e até temerárias.

<sup>1104</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 42.

<sup>1105</sup> “Diversos autores referem os seguintes princípios como integrando a ‘ordem pública internacional’ dos respectivos Estados, constituindo a sua violação fundamento de anulação de sentenças proferidas em arbitragens (internacionais ou internas) aí sediadas: (a) o princípio *pacta sunt servanda*; (b) o princípio da boa fé; (c) a proibição do abuso de direito; (d) o princípio da proporcionalidade; (e) a proibição das medidas discriminatórias ou espoliadoras; (f) proteção dos civilmente incapazes; (g) a proibição das vinculações perpétuas; (h) a proibição de indenizações punitivas em matéria cível; (i) as normas legais destinadas a proteger os contratantes mais fracos. Como bem se compreende, a invocação da violação de princípios com conteúdo normativo tão amplo ou indeterminado como os referidos em (a), (b) e (c) e (d), como fundamento de anulação de sentença arbitral, terá de ser sujeito a acentuadas restrições, para que, por essa via, não se fomente perniciosamente a impugnação de sentenças arbitrais sem justificação adequada, por parte de quem, insatisfeito com a decisão dos árbitros, recorra a este meio processual para tentar obter uma reapreciação pelos tribunais estaduais do litígio decidido pelos árbitros.” (CAMELO, António Sampaio, *Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública*, cit., p. 150).

<sup>1106</sup> Alguns países como a Itália também adotam um procedimento arbitral contratual, em que as partes se limitam a dar a um mandato com poderes para a resolução de uma controvérsia meramente contratual, destinada a substituir convencionalmente a vontade dos contraentes, vinculando-os reciprocamente. Sobre o tema e seu controle jurisdicional, ver: MARINELLI, Marino. *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 190-251. Acerca das garantias mínimas desse procedimento, ver: ARRIGONI, Caterina. *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 61, n. 2, p. 323-343, giugno 2007.

<sup>1107</sup> “A questão, realmente, é extremamente intrincada e quase diabólica. Não há dúvida que o legislador quis restringir as hipóteses de anulação da sentença arbitral somente àquelas listadas no art. 32 da Lei. O *caput* do art. 33 não deixa dúvidas, ao dizer que ‘a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, *nos casos previstos nesta lei*’. Dizer que a lista do art. 32 pode ser ampliada, ou ainda que a sentença arbitral pode ser anulada com base em outros dispositivos legais, que não os da Lei 9.307/96, constitui interpretação *contra legem*. Mas será, muito provavelmente, a única solução para situações absurdas, teratológicas, *prima facie* ofensivas ao mais comezinho sentido de juridicidade. As garantias constitucionais de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/88), poderão, assim, excepcionalissimamente, justificar tal interpretação que, embora *contra legem*, é mais conforme à Constituição. Justifica-se tal desvio da clara intenção do legislador em vista da necessidade, para a própria credibilidade do sistema da arbitragem, de um controle da legalidade, *lato sensu*, das sentenças arbitrais. Para garantir a continuidade do favor que o Estado confere à arbitragem, é necessário que sentenças arbitrais absurdas e teratológicas possam, em circunstâncias



De acordo com o artigo 33 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral nacional pode ser atacada judicialmente por ação anulatória, ou então mediante ação de embargos do devedor, nos termos do artigo 741 do CPC, não sendo passível de ação rescisória. Nas situações previstas nos incisos I, II, VI, VII e VIII, será apenas decretada a nulidade da sentença; nas demais, será determinado que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, já que são casos relacionados a vícios formais ou materiais da sentença arbitral.

Há divergência doutrinária quanto à ação ser de nulidade ou de anulabilidade da sentença arbitral. Contudo, tendo em vista que o ato arbitral é capaz de surtir efeitos até que seja anulado ou cassado, o que se tem é a anulabilidade.<sup>1108-1109</sup>

A ação anulatória tem o prazo decadencial de noventa dias, a contar do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. Esse prazo é excepcionado no próprio artigo 33, parágrafo 3º, da Lei, que autoriza a tentativa de anulação da sentença arbitral pela via de impugnação de cumprimento de sentença, nos casos mais restritos estabelecidos no artigo 475-L do CPC<sup>1110</sup>. Desconstituída a sentença, a anulação terá efeitos *ex nunc*, ou seja, somente a partir de sua decretação.

Por sua vez, a sentença arbitral não é passível de ação rescisória, sendo o controle judicial exercido apenas por meio da ação anulatória, oportunidade em que se concentrará a análise de todos os vícios formais do procedimento e da própria sentença.<sup>1111</sup>

---

justificáveis, ser impugnadas judicialmente.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 268-269, abr./jun. 2006).

<sup>1108</sup> “Como observa Carlos Alberto Carmona, com apoio na lição de Barbosa Moreira, os vícios previstos pelo art. 32 da Lei da Arbitragem, que autorizam e justificam o manejo da ação impugnativa, dizem respeito quase que totalmente a anulabilidades, e não a nulidades absolutas. De tal sorte que a sentença arbitral, ainda que hipoteticamente viciada, é apta a produzir seus efeitos até que sobrevenha pronunciamento judicial em contrário, o que de resto parece ser inegável ante a disciplina dos arts. 248 e 585, § 1º, do CPC, que reforçam essa conclusão. Daí o caráter constitutivo negativo do provimento judicial que acolhe o pedido. Não se trata de apenas eliminar uma crise de certeza, declarando uma nulidade de pleno direito, mas sim de desfazer ou destruir, no todo ou em parte, o comando arbitral viciado, com a supressão dos respectivos efeitos, criando-se uma nova situação jurídica.” (AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Reflexões sobre o controle judicial da sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, v. 214, p. 303, dez. 2012).

<sup>1109</sup> Nesse sentido: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 47.

<sup>1110</sup> “Daí que, em casos tais, os embargos (ou a impugnação), ainda que eventualmente aforados dentro do prazo de 90 dias, terão sua causa de pedir limitada (a) às hipóteses dos arts. 475-L e 741 do CPC e (b) às possíveis causas de inexistência da sentença arbitral. Quanto aos demais vícios do art. 32 da Lei 9.307/1996, porém, sua invocação estará comprometida, pelos motivos acima expostos e em homenagem à estabilidade que se pretende atribuir aos provimentos arbitrais.” (AMBRIZZI, Tiago Ravazzi, Reflexões sobre o controle judicial da sentença arbitral, cit., p. 320).

<sup>1111</sup> Há quem defenda que a sentença arbitral pode conter vícios capazes de gerar a inexistência ou a nulidade, com efeitos *ex tunc*, que permitem o conhecimento de ofício pelo juiz estatal, bem como defeitos que causam a rescindibilidade (anulabilidade), pois não impedem o trânsito em julgado, mas podem ser questionados judicialmente, incidindo sobre a rescisão efeito *ex nunc*, como, por exemplo, a eventual imperfeição da convenção de arbitragem (VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *Poder judiciário e sentença arbitral*, cit., p. 133).

Dessa forma, resta identificar as situações processuais e materiais que devem ser respeitadas pelas partes, sob pena de dar ensejo ao controle judicial da sentença arbitral nacional e estrangeira, e até mesmo à sua excepcional anulação.

Pois bem. A ordem pública atua como principal fator limitador da autonomia de vontade na arbitragem. Registre-se, porém, que a ordem pública restritiva da autonomia das partes de que trata o artigo 2º da Lei não coincide com as hipóteses de ordem pública tratadas no artigo 32, embora todas elas estejam sujeitas ao controle judicial.

Com efeito, a ordem pública tratada no artigo 2º se relaciona com a ordem pública constitucional, mais especificamente com os aspectos ligados à soberania estatal. A intenção do legislador foi evitar que as partes utilizem legislação estrangeira que conflita com a ordem pública nacional, especialmente para algum fim ilícito, ou para burlar a aplicação de normas imperativas.

Assim, a autonomia de vontade das partes na arbitragem deve ser compatível com as regras e princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor, especialmente os de cunho constitucional, não podendo ir de encontro com os preceitos imperativos, cuja disponibilidade fica fora de alcance dos particulares. Em outros termos, as partes não podem, a pretexto da ampla autonomia convencional prevista na arbitragem, infringir as normas nacionais que dão coesão e segurança ao sistema jurídico pátrio, ainda que baseadas em leis, atos ou decisões plenamente aceitáveis no âmbito internacional.

Por sua vez, analisando detidamente as hipóteses do artigo 32 da Lei de Arbitragem<sup>1112</sup>, tem-se que elas podem ser divididas em dois grupos: o primeiro abrange as questões materiais e processuais relativas ao procedimento de arbitragem, cujo controle judicial pode implicar a decretação de nulidade da sentença arbitral; já o segundo trata de defeitos inerentes ao próprio ato sentencial, cuja consequência é a determinação de que se profira outro laudo pelo árbitro ou tribunal.<sup>1113</sup>

---

<sup>1112</sup> “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

<sup>1113</sup> “Uma característica essencial da arbitragem no Brasil, tal como regulada em Lei, é a impossibilidade de revisão da decisão dos árbitros pelo Poder Judiciário, exceto nas restritas hipóteses legais, que concretizam a garantia constitucional de inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito. Está, portanto, descartada, por ausência de previsão legal, anulabilidade pura e simples de sentenças arbitrais por violação à ordem pública ou a normas imperativas. No entanto, em situações anômalas, raras e ultraexcepcionais, poderá a sentença arbitral, além de violar a ordem pública e produzir resultado juridicamente intolerável, omitir-se em fundamentar o ponto relevante, ou conter fundamentação tão deficiente, por irracional e ilógica, que equivaleria à omissão em fundamentar. Nesses casos, poderá a sentença arbitral ser impugnada por incidência do disposto no inciso III do art. 32 da Lei, que, por remissão ao art. 26, considera inválida sentença arbitral que

De qualquer forma, os dois tipos de vício poderão estar sujeitos ao crivo judicial quanto à regularidade e validade do procedimento arbitral, de modo que ambos se submetem à técnica de controle denominada ordem pública processual.

Nesse contexto, o controle judicial da sentença arbitral deve se basear na constitucionalidade material e formal do ato, bem como nos requisitos materiais e formais do próprio procedimento arbitral.<sup>1114</sup>

Não obstante, no momento em que a discussão acerca da sentença arbitral passa, via processo, à verificação judicial, as questões ficam subordinada às premissas e contornos do CPC, na forma como já exposta ao longo deste trabalho.

Dito isso, e com base nos requisitos materiais e processuais já elencados, verifica-se que os sujeitos capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei são hipóteses passíveis de controle judicial nos moldes já esclarecidos, não havendo nesse ponto maiores indagações, embora seja possível que o caso concreto apresente peculiaridades dignas de atenção. De igual modo, na arbitragem nacional, a proporcionalidade e a razoabilidade do conteúdo do laudo podem ser, ainda que de forma restrita, excepcional e com critérios objetivos, controladas pelo juiz.<sup>1115</sup>

Porém, a executoriedade da sentença arbitral, ou seja, a análise de sua viabilidade prática, pode apresentar relevantes irregularidades, aptas a macular o laudo e impedir o seu cumprimento.

Primeiramente, porque a sentença pode conter um comando de difícil ou impossível atendimento pelas partes, capaz, inclusive, de comprometer o próprio objeto da arbitragem.

---

não explicitar ‘os fundamentos da decisão, onde serão analisadas questões de fato e de direito’.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho, A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública, cit., p. 276).

<sup>1114</sup> “Trata-se de defeitos que, tamanha a sua gravidade, em geral privam a sentença da mínima eficácia, impedindo-a de repercutir no plano jurídico substancial e na vida de seus destinatários. Alguns exemplos são sugeridos pela doutrina, notadamente pelo estudo de Edoardo Flavio Ricci, a saber: o da sentença desprovida de dispositivo; o da sentença desprovida de qualquer fundamentação; o da sentença exarada sem que o réu fosse citado; o da sentença proferida na ausência dos litisconsortes necessários; o da sentença *ultra petita*; o da sentença portadora de condenação materialmente impossível etc. Ora, configurado vício dessa natureza, que impede o ato jurisdicional de sequer adentrar o plano jurídico da existência, há que se flexibilizar a incidência do prazo do art. 33, § 1º, da Lei 9.307/1996. Com efeito, se o caso é de inexistência, vale dizer, de uma ‘não sentença’, não se cuida de postular o seu desfazimento e eliminação do mundo jurídico, mediante uma demanda de carga desconstitutiva. Basta, para eliminar a crise de certeza, a emissão de provimento meramente declaratório, que não se submete a prazo para ser reclamado.” (AMBRIZZI, Tiago Ravazzi, Reflexões sobre o controle judicial da sentença arbitral, cit., p. 311).

<sup>1115</sup> “Envolvendo, assim, a matéria submetida à cognição do árbitro, a potencial aplicação de normas de interesse da ordem pública, que tenham sido efetivamente suscitadas perante o árbitro, somente será criticável a atuação jurisdicional deste quando, cumulativamente: (i) for *prima facie* constatável que o resultado concreto alcançado pela sentença é juridicamente intolerável; e (ii.a) o árbitro tiver se omitido em decidir fundamentadamente sobre a aplicação ou a não aplicação de normas imperativas alegadamente incidentes na espécie; ou (ii.b) o árbitro tiver tomado tal decisão, fundamentando-a, porém, de maneira absurda, vale dizer,

Assim, *v.g.*, o árbitro não pode exceder seus limitados poderes, para determinar medidas que dependam do Poder Judiciário, tonando o ato inexecutável.

Por sua vez, o conteúdo da sentença não pode ser ilíquido ou conter condições que inviabilizem a concretização do que restou estabelecido na sentença arbitral.

Deixe-se assente que, na prática, não é tão simples para o árbitro, que não é acostumado a julgar, ter a exata noção das implicações do ato decisório. Por sua vez, embora as partes também possam exercer um controle desses aspectos durante o procedimento arbitral, muitas vezes não atentam para a presença de circunstância capaz de inviabilizar a satisfação do julgado.<sup>1116</sup>

Dessa forma, a esfera judicial deve ser apta a regularizar os defeitos quanto à execução e aproveitar ao máximo a autonomia de vontade já expressada na arbitragem.

Quanto aos requisitos processuais, mostra-se importante a análise do devido processo legal, notadamente em relação ao contraditório, à fundamentação da sentença arbitral e à imparcialidade e qualificação do árbitro.

No que tange ao procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, verifica-se na arbitragem internacional que os parâmetros da cognição judicial devem atender às particularidades da própria matéria<sup>1117</sup>. O controle envolve não só o reconhecimento, mas também a execução de sentença arbitral estrangeira.

No Brasil, a competência para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal, até o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, quando então foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça.

---

irracional e ilógica.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho, A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública, cit., p. 270).

<sup>1116</sup> “Ora, quando verifique que o árbitro, ao decidir sobre o mérito, violou princípios de superior transcendência (que integram a ‘ordem pública’), o tribunal estadual deve poder anular tal decisão, por ser o único meio de se obviar a tão intolerável resultado. Não colhe a objeção de que a consagração deste fundamento de anulação de sentenças arbitrais, numa lei sobre arbitragem voluntária, traduziria desconfiança do Estado relativamente ao conteúdo das sentenças arbitrais. Se a arbitragem é um meio de resolução jurisdicional de litígios com grande utilização na atividade econômica e clara preponderância no âmbito do comércio internacional, é porque os Estados criam as condições necessárias para que a sua adoção seja vantajosa para as partes, entre as quais figura o estabelecimento de dispositivos e requisitos que assegurem a sua credibilidade e eficácia. Os Estados não podem, por isso, prescindir da verificação de que esses dispositivos e condições são respeitados na prática das arbitragens que têm lugar no seu território.” (CAMELO, Antônio Sampaio, Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública, cit., p. 162).

<sup>1117</sup> “A arbitrabilidade é a capacidade de se instaurar o processo arbitral num caso concreto, levando-se em conta a capacidade das partes e a natureza do objeto a ser arbitrado sob a luz da ordem pública internacional [...]. A arbitrabilidade objetiva é aquela que diz respeito à natureza do objeto da arbitragem, se esta refere-se a direitos patrimoniais disponíveis. A ordem pública irá interferir na avaliação tanto da arbitrabilidade objetiva quanto da subjetiva [...]” (LEAL, Marcello Fernandes. *A ordem pública na arbitragem e na homologação da sentença arbitral estrangeira*. p. 1. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1549](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1549)>. Acesso em: 15 ago. 2013).

A homologação de sentenças arbitrais estrangeiras é regulamentada tanto pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), como pelo Decreto n. 4.344/2002, que ratificou a adesão do Brasil à Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, em 10.06.1958.

Na Lei n. 9.307/96, o assunto está previsto nos artigos 34 a 40. Os artigos 38<sup>1118</sup> e 39<sup>1119</sup> especificam as hipóteses passíveis de anulação, que são taxativamente estabelecidas e devem ser interpretadas restritivamente. Trata-se de situações processuais e materiais que podem comprometer a homologação da sentença estrangeira, embora o artigo 40<sup>1120</sup> permita a renovação do pedido de homologação de reconhecimento ou execução, caso a denegação tenha se dado por vícios formais e eles sejam devidamente sanados.

Na realidade, no âmbito da arbitragem internacional, pode-se falar em três categorias de ordem pública: material, processual e transnacional. A ordem pública material consiste na observância de princípios jurídicos fundamentais de direito substancial. A ordem pública processual, por sua vez, se relaciona com a preservação de aspectos ligados ao devido processo legal. Já a ordem pública transnacional<sup>1121</sup>, internacional ou mundial vem sendo gradativamente delineada pela comunidade internacional como aquela que, no campo das relações internacionais, elege os princípios universais que regem a matéria, podendo envolver os interesses comuns da humanidade – de cunho material e processual – ou então os interesses de algum setor específico, como é o caso do comercial.<sup>1122</sup>

---

<sup>1118</sup> “Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.”

<sup>1119</sup> “Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional. Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.”

<sup>1120</sup> “Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.”

<sup>1121</sup> GASPARG, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11-124.

<sup>1122</sup> Sobre o tema, ver: ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 206-226.

Para este estudo importa ressaltar que a ordem pública<sup>1123</sup> prevista no artigo 39, II, da Lei de Arbitragem, e submetida a controle judicial, é a nacional, que inclusive é mais ampla que a ordem pública internacional. Essa última corresponde à ordem pública do Estado estrangeiro e deve ser preservada ao máximo pelo Estado brasileiro, cujo controle deve ocorrer somente no caso de grave afronta ao núcleo duro da ordem pública nacional<sup>1124</sup>, ou seja, às disposições legais que identificam e legitimam o ordenamento jurídico pátrio.<sup>1125</sup>

Diante disso, observa-se que, na prática, o controle judicial de sentenças arbitrais estrangeiras é mais comumente exercido sobre os aspectos processuais, como a falta de fundamentação<sup>1126</sup>, a falta de adesão à convenção de arbitragem, ofensa ao devido processo legal e ao contraditório, ausência de notificação à parte sobre o início do processo arbitral e imparcialidade do árbitro, entre outros.<sup>1127</sup>

Com efeito, analisando os recentes julgados no Superior Tribunal de Justiça sobre o controle judicial de homologação de sentença estrangeira, nota-se que a verificação essencial recai sobre o cumprimento dos requisitos formais, em juízo de delibação.

Assim, questões relacionadas à citação<sup>1128</sup>, ausência de assinatura da cláusula compromissória<sup>1129</sup> e prevalência de decisões concorrentes quanto à jurisdição<sup>1130</sup> são as mais frequentes no âmbito jurisprudencial.

<sup>1123</sup> “O efeito de toda exceção de ordem pública é, basicamente, consolidar algumas tendências territorialistas na solução de conflitos. Se tivéssemos de determinar os caracteres das leis de ordem pública, em Direito Internacional Privado, apresentaríamos três versões: primeiro, as leis de ordem pública são excepcionais, porquanto reconhecem como regra a extraterritorialidade; segundo, as leis de ordem pública são territoriais, porque aplicáveis em todo o território do Estado, com exclusão de qualquer outra lei competente; terceiro, as leis de ordem pública são móveis e atuais, pois resultam do fato de serem variáveis no tempo e no espaço, ante a divergência dos critérios legislativos e judiciários de cada país. Essas características são bem demonstrativas de como é difícil, se não impossível, a conciliação dos interesses nacionais ou transnacionais na determinação não só de certa metodologia exegética como, também, da identificação de uma essencialidade que permita bem definir a ordem pública.” (STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 75, v. 606, p. 9, abr. 1986).

<sup>1124</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, cit., p. 54.

<sup>1125</sup> “Achamos, portanto, que o desempenho do árbitro não deve ficar restrito aos termos contratuais, mas, se as partes escolherem o Direito aplicável, ou se o Direito aplicável decorrer de interpretação da vontade das partes, em qualquer hipótese deve ser pesquisada a validade da decisão em face da ordem pública do país cujo Direito preside a relação jurídica.” (STRENGER, Irineu, Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais, cit., p. 11).

<sup>1126</sup> MATEOS, Antônio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 8, v. 30, p. 94-95, jul./set. 2011.

<sup>1127</sup> GASPAR, Renata Álvares, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, cit., p. 199-208.

<sup>1128</sup> “Homologação de sentença arbitral estrangeira. Cumprimento dos requisitos formais. Juízo de delibação. 1. Sentença arbitral estrangeira que não viola a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública e que observa os pressupostos legais indispensáveis ao deferimento do pleito deve ser homologada. 2. O ato homologatório da sentença estrangeira limita-se à análise dos requisitos formais. Questões de mérito não podem ser examinadas pelo STJ em juízo de delibação, pois ultrapassam os limites fixados pelo art. 9º, *caput*, da Resolução STJ n. 9 de 4/5/2005. 3. A citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória, pois as cortes arbitrais são órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via

Nesse passo, cabe ao magistrado observar a presença dos requisitos de admissibilidade do pedido homologatório, constantes do artigo 37 da Lei de Arbitragem<sup>1131</sup> e, superada essa etapa, apreciar a regularidade processual e material do procedimento de arbitragem em si<sup>1132</sup>, em confronto com premissas minimamente exigidas para o processo justo.<sup>1133</sup>

---

*postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência.* 4. Sentença estrangeira homologada.” (STJ – SEC n. 8.847/EX, Corte Especial, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.11.2013, *DJe*, de 28.11.2013 – nosso grifo).

<sup>1129</sup> “Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Cláusula compromissória. Ausência de assinatura. Ofensa à ordem pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 1. ‘A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem’ (SEC n° 967/GB, Relator Ministro José Delgado, in DJ 20/3/2006). 2. *A falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.307/96, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira.* 3. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido.” (STJ – SEC n. 978/GB, Corte Especial, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 17.12.2008, *DJe*, de 05.03.2009 – nosso grifo).

<sup>1130</sup> “Trânsito em julgado da sentença nacional, declarando a nulidade da cláusula arbitral - Jurisdições concorrentes - Prevalência da sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira - Conclusão que preserva a cláusula arbitral, celebrada sob a expressa regência da legislação estrangeira - Preservação do princípio da *kompetenz kompetenz* - Deferimento, em parte, da homologação, excluída apenas a ordem de desistência do processo nacional e a sanção penal, ante a ofensa à ordem pública pela parte excluída. 1.- *Tratando-se de jurisdições concorrentes, a estrangeira e a nacional, em que discutida a mesma matéria, isto é, a validade de cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior sob expressa regência da legislação estrangeira, prevalece a sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira.* 2.- Conclusão, ademais, que preserva a opção pela solução arbitral, expressamente avençada pelas partes. 3.- Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologanda, que atende ao princípio *Kompetenz Kompetenz*, sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente *ad proprium nutum*, frustrar a arbitragem avençada. 4.- Impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição. 5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil. (STJ – SEC n. 854/EX, Corte Especial, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, j. 16.10.2013, *DJe*, de 07.11.2013 – nosso grifo).

<sup>1131</sup> “Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.”

<sup>1132</sup> A Convenção de Nova Iorque de 1958 previu duas causas de denegação de homologação de sentença estrangeira a serem verificadas de ofício: a) inarbitrabilidade da controvérsia; e, b) ofensa à ordem pública do Estado em que se pede a homologação. (GASPAR, Renata Álvares, *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*, cit., p. 189).

<sup>1133</sup> “Isto porque, a ordem pública processual é a garantia do respeito ao devido processo legal. Esta deverá sempre ser respeitada no processo arbitral e na sentença arbitral, sob pena de não ser homologada (artigo 39, II da Lei de Arbitragem) ou de ser declarada nula (artigo 32, VIII c/c 21, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem). Pode-se, concluir, portanto, que o conceito de Ordem Pública é multifacetário e admite uma série de definições. Mas mesmo dentro dessa pluralidade de conceitos, as normas de caráter público e aquelas que traduzem proteção a direitos fundamentais, ainda que infraconstitucionais, devem sempre ser consideradas no juízo de delibação acerca da homologação de uma sentença proferida fora do território nacional.” (VINCENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi. *A complexidade da ordem pública entre outras culturas*. p. 3. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>>. Acesso em 15 ago. 2013).

Não obstante, na homologação de sentença estrangeira também se mostra possível verificar a proporcionalidade, razoabilidade e exequoriedade da medida, apesar das limitações materiais e processuais atinentes ao controle judicial do referido ato.<sup>1134</sup>

A proporcionalidade e a razoabilidade, na verdade, são questões cujos limites serão avaliados de acordo com os parâmetros materiais da ordem pública nacional, e somente em casos graves deve haver a intervenção judicial.

Já quanto à exequoriedade da medida, a análise deverá ser feita concretamente, uma vez que há possibilidade de o objeto da sentença arbitral estrangeira não ser passível de execução do Brasil<sup>1135</sup>, implicando na ineficácia do ato sentencial<sup>1136</sup>, ainda que considerado válido.<sup>1137</sup>

Portanto, o controle judicial da sentença arbitral estrangeira deve ser exercido moderadamente e somente no tocante ao mínimo indispensável, tolerando-se ao máximo as discrepâncias materiais e formais decorrentes das relações internacionais, prestigiando a atividade jurisdicional exercida pelos árbitros, de modo que só as situações de flagrante, real e concreta violação da ordem pública interna devem ensejar a denegação de homologação de decisão arbitral.<sup>1138</sup>

### 8.3.3 Compromisso de ajustamento de conduta

---

<sup>1134</sup> “Em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, a alegação de ofensa à ordem pública somente deve ser acatada em situações excepcionais, em que princípios fundamentais sejam claramente ofendidos e em que a sentença comprometa, de forma concreta e insuportável, as concepções essenciais de direito e justiça prevalentes no foro. Com muito maior razão, em sede de ação anulatória de sentença arbitral nacional, não tendo sequer a Lei previsto expressamente tal fundamento, o controle judicial do respeito à ordem pública deverá ser ainda mais rarefeito e ultraexcepcional, efetuando-se estritamente nas condições acima delineadas.” (ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública*, cit., p. 273).

<sup>1135</sup> “Essa falta de habitualidade no exercício da arbitragem traz como consequência certa instabilidade das decisões, ora pendendo para o absolutismo, ora para o relativismo, em relação às questões que surgem do foro exterior, procurando a execução dessas decisões.” (STRENGER, Irineu, *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*, cit., p. 10).

<sup>1136</sup> “O recurso à ordem pública funciona como um sistema que leve em conta que as características da arbitragem comercial internacional como um sistema desvinculado, mas que para ter eficácia necessita estar de acordo com os ordenamentos jurídicos que têm conexão.” (LEAL, Marcello Fernandes. *A ordem pública na arbitragem e na homologação da sentença arbitral estrangeira*. p. 19. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1549](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1549)>. Acesso em: 15 ago. 2013).

<sup>1137</sup> “O ideal seria que o árbitro ou os árbitros não ignorassem os critérios prevalentes nos países das partes litigantes na determinação e caracterização da ordem pública, a fim de evitar impasses prejudiciais no momento da execução.” (STRENGER, Irineu, *Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais*, cit., p. 11).

<sup>1138</sup> Sobre o tema, ver: ALMEIDA, Ricardo Ramalho, *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*, cit., p. 227-302.



O compromisso de ajustamento de conduta<sup>1139</sup> é uma forma de autocomposição que consiste em um ato de vontade unilateral ou bilateral, no qual a pessoa que comete uma conduta ofensiva a interesse coletivo se compromete, com o órgão público legitimado à propositura de ação civil pública, a eliminar a ofensa, adequando o seu comportamento às exigências legais.

O referido compromisso pode ocorrer na esfera judicial ou extrajudicial.

No campo extrajudicial, os colegitimados na defesa dos direitos difusos e coletivos devem propor ao interessado formas eficientes de prevenir danos, ressarcir ou restabelecer os prejuízos causados, ou ainda compensar as ofensas identificadas, por meio de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com força de título executivo extrajudicial, na forma do artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei n. 7.347/85, e com respaldo no artigo 585, inciso II, do CPC, e sem atingir a indisponibilidade do direito material envolvido.

Trata-se de eficaz mecanismo de proteção aos direitos transindividuais, sendo muito comum a utilização desse ajustamento de conduta no âmbito do inquérito civil em que o Ministério Público investiga prévia e administrativamente a autoria e a materialidade de fatos que possam demandar uma atuação ministerial. Registre-se a possibilidade de que apenas parte dos problemas seja solucionada, por meio do chamado “compromisso preliminar”, prosseguindo as investigações quanto aos demais fatos apurados no inquérito civil.<sup>1140</sup>

Já no âmbito judicial<sup>1141</sup>, é possível que o compromisso se dê de três formas: a primeira é requerendo a homologação da avença, transformando-a em título executivo judicial; a segunda é no curso da ação civil pública, por meio de um acordo acerca do objeto da lide, como forma de eliminar a controvérsia e garantir meios mais adequados e pacíficos de

---

<sup>1139</sup> Sobre outros aspectos do tema, ver: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 5, v. 7, p. 73-114, jan./jun. 2011. Em outra fonte bibliográfica: *Revista de Direitos Difusos*, ano 10, v. 52, p. 55-96, dez. 2010.

<sup>1140</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 317-318.

<sup>1141</sup> Tramita no Senado Federal o PLS 282/2010, que trata da reforma do Código de Defesa do Consumidor, no tocante às ações coletivas para a proteção de interesses ou direitos nas relações de consumo. Em seu artigo 90-B há previsão de designação de audiência de conciliação, caso haja requerimento de medida de urgência, sendo que, na ausência injustificada da parte autora, o Ministério Público assumirá a causa, e em caso de falta injustificada da parte ré ou de seu procurador, será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, com a cominação de multa a ser revertida para os Fundos de Direitos Difusos. Por sua vez, o Projeto prevê a possibilidade de audiência de conciliação também na esfera recursal. Como se observa, o legislador está empenhado em estimular a composição amigável nas relações de consumo (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=112480&tp=1>>. Acesso em: 28 jan. 2014).

solucionar o problema envolvendo direitos transindividuais<sup>1142</sup>; e a terceira é na fase executória de qualquer uma das espécies de título executivo – judicial ou extrajudicial.

Aqui será tratada apenas a forma extrajudicial, cujo controle pelo Poder Judiciário ocorre somente se o compromisso for submetido à homologação e consequente chancela do juiz, caso em que passará a constituir título executivo judicial.

Inicialmente, registre-se que há controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, se seria uma transação, um reconhecimento do pedido ou um negócio jurídico.

Contudo, embora o comprometimento em afastar a ofensa sempre acarrete o reconhecimento do pedido pelo ofensor, é possível que sua extensão seja alargada para que as partes envolvidas estabeleçam formas de solucionar ou de compensar a ofensa, por meio de avenças acerca de aspectos disponíveis do objeto litigioso.

Portanto, não nos parece existir qualquer óbice para que haja, quando da realização do compromisso, concessões de forma ou prazo em relação à reparação do dano. O que não pode ocorrer é a prática de renúncia ou transação entre as partes, no tocante à essência do direito material controvertido, que é indisponível e cuja titularidade pertence à coletividade, ou que tal ajuste se dê sobre atos de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92).<sup>1143</sup>

Por sua vez, entre os limites do compromisso de ajustamento de conduta está o fato de não poder ter como objeto a mera confissão de dívida, e ainda ter que conter uma conduta de ação ou omissão do ofensor ao disposto na lei.

Não há exigências formais no estabelecimento de compromisso de ajustamento de conduta, porém é recomendado que o prazo de adimplemento da obrigação seja estipulado, para se evitar o descumprimento.

Pois bem, sobre o controle judicial, em caso de pretensão de homologação de compromisso de ajustamento de conduta ou de eventual tentativa de desconstituição da avença, caberá ao juiz fiscalizar a regularidade do acordo, quanto aos aspectos formal e

---

<sup>1142</sup> “Não se justifica denominar compromisso de ajustamento de conduta, como erroneamente muitos têm feito, o acordo judicialmente homologado em sede ação civil pública, pois aquele é título executivo extrajudicial, enquanto este é título judicial. É justamente em razão da natureza extraprocessual do instrumento de tutela coletiva em comento, é que sua eficácia não está sujeita a prévio juízo de valor por parte do órgão jurisdicional.” (AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 63).

<sup>1143</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que o afastamento dessa forma de composição é excepcional e requer previsão expressa, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa, sendo que mesmo quanto aos atos de improbidade, a vedação consensual se limitará ao núcleo essencial da demanda (sanções jurídicas e políticas ao responsável), não se aplicando ao aspecto puramente pecuniário da lide, o qual pode, eventualmente, ser composto no âmbito de um Termo de Ajustamento de Conduta, para que o erário venha a ser devidamente

material, a fim de eliminar possíveis vícios capazes de comprometer o título e seu adimplemento.

Aliás, o papel do juiz será imprescindível para o alcance da efetividade dos termos de ajustamento de conduta quando houver necessidade de judicializar de alguma forma a controvérsia, as obrigações assumidas ou o seu cumprimento.

Os requisitos materiais quanto aos sujeitos capazes, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei não merecem maiores digressões, além das já explicitadas neste capítulo.

Entretanto, em relação aos requisitos da proporcionalidade e razoabilidade, há relevantes considerações a serem feitas, pois alvos de constantes descontentamentos, porque as pessoas legitimadas a firmar o compromisso de ajustamento de conduta com a parte que praticou uma conduta ofensiva a interesse coletivo são as mesmas que possuem pertinência subjetiva para a propositura de ação civil pública.

Entretanto, na esfera extrajudicial, dependendo da forma como a avença é conduzida, o ofensor pode se sentir direta ou indiretamente coagido não só a efetuar o acordo, mas também a aceitar as imposições colocadas pelo órgão público colegitimado.

Essa circunstância pode afetar não só a proporcionalidade, no sentido de se estabelecer obrigação excessivamente onerosa ao ofensor, como também a razoabilidade, por meio de imposições absolutamente dissociadas do objeto litigioso e que em nada contribuem para o caráter punitivo, pedagógico ou reparatório da medida.

Trata-se de situação, infelizmente, cada vez mais corrente, em especial em compromissos firmados entre o Ministério Público e empresários ou órgãos públicos, que temem futuras ações ou retaliações.

Assim, deve haver uma estreita compatibilidade entre a ofensa ou o dano e a obrigação constante do ajuste. Em outros termos, a discricionariedade nas alternativas possíveis deve ser vinculada e compatível com o objeto litigioso.

Nesse contexto, se o objeto ofendido for de cunho ambiental, o compromisso deve prever condutas omissivas ou ativas do ofensor voltadas ao meio ambiente e não ligadas a outro tipo de problema, ainda que de interesse público. Parece óbvio, mas o que se vê na prática é uma constante arbitrariedade na escolha discricionária das obrigações impostas ou assumidas pelo ofensor, tanto para as principais, como para as acessórias.

Dessa forma, o juiz deve controlar: o tipo de obrigação estabelecida; a compatibilidade entre o objeto da ofensa e os compromissos assumidos; o risco de dano no cumprimento da

---

ressarcido (MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*, cit., p. 94-95).

obrigação; as consequências para o caso de descumprimento; a destinação correta de bens oriundos do acordo, principalmente as quantias em dinheiro; e as garantias estabelecidas no compromisso de ajustamento de conduta, entre outros possíveis aspectos.

Como se vê, essa questão possui um interesse público latente a justificar controle e interferência judicial.

O controle da exequoriedade das obrigações, ou seja, da viabilidade prática do que restou estabelecido, também pode ocorrer, principalmente em razão de dois fatores: a) a eventual alteração fática ou jurídica a demandar a modificação das cláusulas do acordo inicialmente celebrado; e, b) a necessidade de aplicação das medidas de apoio pelo juiz, nos termos do artigo 461, parágrafo 5º, do CPC.

Aqui há importante peculiaridade sobre o ajustamento de conduta a ser registrada, referente à sua maleabilidade.

A mutabilidade do ajustamento de conduta com base no princípio da adaptação é plenamente possível, uma vez que, mesmo em se tratando de direitos transindividuais, tais técnicas de flexibilização se mostram extremamente úteis, já que adéquam o procedimento às peculiaridades do caso concreto, garantindo maior efetividade à tutela dos referidos bens jurídicos.

Com efeito, na tutela dos direitos coletivos há várias regras legais que autorizam a adequação judicial do procedimento.

Outrossim, o extinto Projeto de Lei de Ação Civil Pública consagrava de modo impecável o princípio da adequação jurisdicional do processo, no parágrafo 1º do artigo 10, estabelecendo como limites para a adaptação o momento da sentença, o contraditório e a ampla defesa.<sup>1144</sup>

Ressalte-se que, firmado o ajustamento de conduta por um colegitimado, nada obsta a que outros exijam, a qualquer momento, novas obrigações do ajuste, a fim de enquadrar as circunstâncias nos exatos preceitos do ordenamento jurídico. Não bastasse, o órgão público que firmou o termo pode pretender complementar o título para adequá-lo ao resguardo integral do bem jurídico tutelado, convocando o signatário para uma nova tentativa de composição.

---

<sup>1144</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo: benfazela proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253-254.

Isso porque não há imutabilidade<sup>1145</sup> no compromisso inicialmente firmado que deve, sempre que necessário, se adequar à nova situação eventualmente existente no momento da exigência do cumprimento da obrigação, sendo que, caso não haja êxito em convencer o obrigado a se submeter a novo ajuste, deverá o interessado se valer das medidas cabíveis<sup>1146</sup>, dentre as quais está a possibilidade de rescisão voluntária, pelo mesmo procedimento pelo qual foi feito ou, então, contenciosamente.<sup>1147</sup>

Ademais, o termo de ajuste de conduta também pode ser desconstituído pelo próprio tomador do ajuste ou pelos colegitimados à propositura da ação civil pública, cabendo a todos os entes públicos e privados destinados a proteger os interesses transindividuais a fiscalização quanto à regularidade da tomada do ajustamento de conduta.

Nesse passo, as cláusulas do acordo devem efetivamente ser condizentes com a tutela do bem jurídico e com o legítimo interesse da sociedade, e não padecerem de vícios como dolo, coação ou erro essencial.

Portanto, eventual ilegalidade, excesso ou inadequação permitem a desconstituição do título executivo formulado via ação civil pública, que pode, inclusive, ser cumulada com outros pedidos, para a efetiva proteção do bem jurídico de natureza difusa ou coletiva<sup>1148</sup>. Não bastasse, a ação popular e o mandado de segurança individual e coletivo também são instrumentos aptos à impugnação judicial de compromissos de ajustamento de conduta.<sup>1149</sup>

Como se observa, essa característica de mutabilidade do compromisso de ajustamento de conduta também deve ser levada em consideração pelo magistrado no momento de controlar eventual abuso ou ilegalidade na escolha e na aplicação das medidas cominatórias para fins de cumprimento do TAC (Termo de Ajustamento de Conduta), adequando as obrigações à sua finalidade.

Dessa forma, o julgador pode, desde que de modo justificado e fundamentado, alterar – com mais liberdade e sem o perigo de ferir a autonomia de vontade das partes – as

---

<sup>1145</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 93.

<sup>1146</sup> “Realmente, o não cumprimento sujeita o compromissário a suportar a execução ou o pedido de cumprimento, que se realizará pela conversão em valor monetário se houver recusa na obrigação de fazer. De maneira alguma se desconstitui o título, e retorna-se à situação anterior, isto é, com o prosseguimento do inquérito civil ou da ação civil, se o termo ficou celebrado depois de seu ajuizamento. É peremptório que o título dera força absoluta, desaparecendo o inquérito ou a ação.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 193).

<sup>1147</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 437-438.

<sup>1148</sup> AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*, cit., p. 97.

<sup>1149</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 209-212.

obrigações ajustadas que não estejam compatíveis com a realidade fática ou jurídica, podendo ainda aplicar ao ofensor as medidas coercitivas diferentes das estipuladas no acordo, garantindo a exequibilidade ou a eficácia do compromisso.

Por fim, quanto aos requisitos processuais, o juiz deverá estar atento, por exemplo, à legitimidade para firmar ou executar o ajuste, a quem deve assinar o termo e à presença do Ministério Público, quando deve atuar como fiscal da lei.

## CONCLUSÕES

1 - A ordem pública costuma ser analisada sob diversos contextos, mas geralmente vem desacompanhada de conceitos precisos ou definições capazes de esclarecer as origens, as diretrizes e os efeitos que o assunto produz no direito e, em especial, no processo civil.

2 - À ordem pública são atribuídos os valores extraídos de um consenso social e jurídico de um determinado ordenamento, flexíveis às eventuais mutações históricas e relacionados aos sentimentos de juridicidade, justiça e moralidade, motivados especialmente pelos direitos e garantias fundamentais, cuja inobservância gera um vício capaz de tornar ilegítimo o ato jurídico ou jurisdicional.

3 - Por sua vez, a ordem constitucional contemporânea é fruto da evolução do constitucionalismo e dos efeitos de suas mutações paradigmáticas. Nesse contexto, o direito processual atua como um importante instrumento de realização dos ideais da Constituição, pois por meio dele se concretizam os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, explícita ou implicitamente, mediante técnicas adequadas a tal fim. Com isso, exige-se que o direito processual esteja afinado com os preceitos constitucionais, ao mesmo tempo absorvendo e transmitindo seus valores.

4 - No processo civil, o estado de coisas chamado de ordem pública se expressa pelo controle da regularidade e desenvolvimento de atos e procedimentos, chamando a atenção dos envolvidos na relação processual para a presença de defeitos tidos como graves, intransponíveis, bem como para a necessidade de afastá-los, para se garantir a legalidade. Em outros termos, é com o resguardo da integridade e da adequação dos atos processuais e dos procedimentos que se assegurará o estado de ordem pública processual.

5 - Assim, a denominada “ordem pública processual” se trata de uma técnica destinada à correta identificação e aplicação das normas processuais, bem como do exercício do controle da regularidade processual, por todos os sujeitos processuais, mas em especial pelo juiz, de modo adequado e tempestivo, visando a resolver concreta e proporcionalmente os eventuais defeitos e suas consequências, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional seja legítima e integral, com a pronúncia de mérito.

6 - Diante disso, buscou-se no presente estudo formas de se atingir a ordem processual por meio do controle, da simplificação e da eficiência.

7 - Nesse contexto, o papel do juiz se revela fundamental para o controle ideal das circunstâncias supracitadas, especialmente porque as normas relacionadas à ordem pública

são imperativas, ou seja, de absoluta cogência, não dando qualquer margem de disponibilidade às partes ou ao juiz, que tem o dever de reconhecê-las.

8 - Ressalte-se que as últimas reformas processuais têm privilegiado o valor efetividade em prol da segurança jurídica, em busca de uma satisfação mais rápida do jurisdicionado, uma vez que a preocupação desmedida com a segurança jurídica ensejou desvirtuamentos processuais que comprometeram o próprio papel do processo, impedindo a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, justa e tempestiva.

9 - O direito processual, para estar em ordem, atingindo a segurança jurídica e a confiança legítima dos jurisdicionados, precisa atentar para os importantes aspectos científicos, legislativos, jurisprudenciais e culturais, uma vez que esses elementos estão umbilicalmente interligados e, de modo isolado, não possuem o condão de impulsionar satisfatoriamente as mudanças processuais.

10 - Assim, a segurança jurídica, o devido processo legal e a eficiência são elementos constitucionais que devem pautar todos os atos públicos e privados, em prol da legitimidade necessária de sua atuação.

11 - De outra banda, o desafio consiste na aplicação de uma mudança ideológica e de mentalidade por parte dos aplicadores do direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito.

12 - A lei processual civil considera como sendo de ordem pública as questões que o juiz pode e deve conhecer de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, como as condições da ação, os pressupostos processuais e outros aspectos processuais e materiais capazes de gerar uma nulidade absoluta no processo.

13 - Embora seja possível classificar a ordem pública de acordo com o seu conteúdo em processual e material, a técnica da ordem pública processual não necessita dessa divisão para o fim a que se destina, que é zelar pela regularidade integral do procedimento.

14 - A identificação das questões de ordem pública no direito processual civil não é simples, até porque a lei sem sempre deixa clara essa conclusão. Trata-se, pois, de importante tarefa, que deve vir acompanhada da verificação de sua aplicação, extensão e efeitos, de acordo com as proposições do processo contemporâneo.

15 - Não se pode falar da ordem pública sem tecer considerações sobre o interesse público, eis que está intimamente ligado à própria noção de ordem pública, podendo, ainda, configurar uma de suas facetas.



16 - Nesse passo, tem-se que: 1) as questões que envolvem interesse público podem ser baseadas em questão de fato ou questão de direito; 2) a imperatividade das chamadas “questões de ordem pública” pode ser variada, justificando um tratamento diferenciado; 3) as questões de ordem pública podem acarretar prejuízos distintos, de acordo com o caso concreto; 4) identificar imperatividades e prejuízos distintos não significa aplicar a fungibilidade ou a flexibilização, tendo em vista que a questão, por si só, deve ser encarada na proporção de seu alcance e consequência, e não representar um aspecto único em todas as situações.

17 - Em relação às condições da ação, conclui-se que elas deveriam deixar de existir, pois suas hipóteses ou caracterizam um juízo de mérito (impossibilidade jurídica do pedido e legitimidade ordinária), ou então integram os pressupostos processuais (legitimidade extraordinária e interesse processual), sendo mais adequado se falar em apenas duas categorias autônomas, ou binômio processual: pressupostos processuais e mérito.

18 - Os pressupostos processuais constituem os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional e devem ser apreciados como preliminares em momento antecedente ao exame do mérito. Não obstante, devem ser observados desde a petição inicial e, a partir daí, em todos os atos subsequentes do procedimento, sendo que na ausência de um dos pressupostos do ato ou do procedimento, o processo fica maculado, gerando consequências que vão desde o indeferimento da petição inicial, até a extinção anômala do feito. Na verdade, entre a rejeição da inicial e a extinção existe uma graduação de possíveis efeitos processuais que permitem a regularização do defeito identificado.

19 - Dessa forma, os pressupostos processuais podem ser divididos em três categorias distintas: a) questões de ordem pública, cujas hipóteses são taxativas, em que impera um grau elevado de interesse público na proteção do Estado ou dos sujeitos processuais, ensejando a indisponibilidade processual; b) questões de interesse público, que podem ser superadas de acordo com a dinâmica da política legislativa ou judiciária; c) questões disponíveis, que em sua maioria atuam em benefício das partes e que podem ser superadas, diante do grau de disponibilidade processual.

20 - Por sua vez, somente a existência de órgão estatal investido de jurisdição e o impedimento do juiz são defeitos agudos e que merecem um tratamento processual compatível com a gravidade considerada dentro do sistema processual, que por sinal é atemporal, não variando com o tempo e espaço em que é analisada e nem por razão de política legislativa ou judiciária.

21 - Além disso, compete ao magistrado o controle quando o atendimento dos requisitos de cada ato processual, para que todos, dentro da cadeia procedimental, atinjam a finalidade da forma mais eficiente possível.

22 - A escolha do procedimento pelas partes também constitui uma questão cujo grau de interesse público, embora possa variar de acordo com o objeto litigioso, é passível de controle de ofício pelo magistrado.

23 - Por questões de ordem pública material devem-se entender aquelas que se referem ao direito substancial, mas que podem ser conhecidas de ofício, diante do interesse público declarado pela lei ou pela própria jurisprudência.

24 - O tratamento das questões de ordem pública nunca foi uniforme, tendo acompanhado os novos contextos processuais que, de tempos em tempos, sofreram modificações ideológicas, científicas e pragmáticas.

25 - Porém, a transformação do formalismo desencadeou outra perspectiva, com os seguintes resultados: a) as regras processuais passaram a ser vistas com uma dimensão mais apropriada à sua finalidade concreta, que é a servir de instrumento para a adequada prestação jurisdicional e composição dos conflitos sociais; b) passou-se a admitir que formalismos antes insuperáveis fossem flexibilizados, para atender aos escopos do processo contemporâneo; c) houve ainda mudança de mentalidade, ao se buscar a prevalência da decisão de mérito; d) enquanto as tradicionais questões de ordem pública começaram a ser discutidas, outras questões passaram a ser consideradas como hipóteses de ordem pública; e) o sistema das nulidades processuais precisou se amoldar a essas reformulações históricas.

26 - Não obstante, a cognição do magistrado durante o procedimento pode se dar em relação às questões prévias e às questões de fundo. Na primeira, o juiz analisa a regularidade dos atos e do procedimento, para fins de saneamento do feito, cuja atividade se denomina juízo de admissibilidade. Já na segunda, o julgador examina as questões meritórias e resolve em definitivo a lide, denominado de juízo de mérito.

27 - O juízo de admissibilidade consiste na análise judicial da presença dos requisitos de cada ato processual, bem como do procedimento como um todo, objetivando afastar eventuais defeitos e alcançar o exame do mérito.

28 - O referido ato decisório tem como conteúdo a análise da regularidade formal e material do processo. Pode ser proferido a partir do ato postulatório, até a sentença, e visa a: a) declarar a regularidade do processo; b) determinar a correção de defeitos sanáveis; ou c) desconstituir a relação jurídica processual, diante da existência de vícios insanáveis.

29 - Na apreciação das questões cognoscíveis de ofício também deve ser oportunizado às partes o exercício do contraditório, até porque, em alguns casos, pode-se demonstrar que o acolhimento de uma questão tida como de ordem pública não trará benefício aos litigantes ou ao processo, especialmente quando ele já estiver maduro para o julgamento com o exame do mérito.

30 - O juízo de admissibilidade pode dar ensejo a três tipos de providência judicial: declaração de regularidade do processo; determinação de correção de defeitos sanáveis; ou desconstituição da relação jurídica processual, diante da existência de vícios insanáveis.

31 - Quanto aos atos das partes, existem quatro formas de defesa possíveis: a) exceções substanciais; b) exceções processuais ou rituais; c) objeções materiais; e, d) objeções processuais.

32 - Além disso, elas devem agir com cooperação, boa-fé e lealdade dentro do processo, de modo a não postergar a alegação de questões processuais apenas para que, em momento oportuno e desfavorável, possam usar como um trunfo, na tentativa de reverter os resultados do feito.

33 - Por sua vez, o controle da regularidade no processo civil também ocorre no direito estrangeiro, em maior ou menor abrangência do que o direito brasileiro, especialmente em relação às tendências e às técnicas de gerenciamento da ordem processual, conforme se vê dos sistemas italiano, alemão, francês, espanhol, português e inglês.

34 - A ordem pública também pode ser considerada em um aspecto transnacional. Em virtude da globalização e de outros fatores jurídicos, econômicos e sociais, tem-se fomentado o direito transnacional, responsável por regular as relações jurídicas entre os diversos Estados, bem como resolver as eventuais controvérsias.

35 - No direito processual já se observam tendências ao reconhecimento de garantias como a efetividade, a razoável duração do processo, a publicidade, a existência de um tribunal competente, independente e imparcial, bem como o contraditório, formando, assim, a base de um direito processual transnacional.

36 - Em relação às consequências da ordem pública processual, aplica-se a teoria das nulidades processuais.

37 - Os atos processuais possuem características distintas dos atos jurídicos em geral, sendo que as três mais marcantes são: a) seus efeitos são determinados por lei e não livremente, pela vontade das partes, o que os diferencia dos atos jurídicos privados; b) o ato é processual por ser praticado no processo e em razão de seus efeitos se produzirem no

processo; c) o direito material é muito mais formal do que o direito processual, uma vez que não prevê a convalidação.

38 - O Brasil não é o único país a ter um sistema de nulidades incompleto. Ao invés, o tema das nulidades processuais demanda grande esforço teórico em diversos ordenamentos jurídicos, cujas dificuldades conceitual e prática acompanham a própria evolução histórica do direito processual.

39 - O fato de um ato processual eventualmente produzir efeitos no direito material é só uma consequência acidental e não faz com que sua natureza jurídica deixe de ser de direito público e passe a ser de cunho negocial ou mista, em razão de ser integrada por elementos de direito material.

40 - Em relação à forma e à capacidade dos sujeitos, o juiz deve fazer prevalecer os critérios da lei processual. Em relação à licitude do objeto do ato processual, faz-se necessária a observância tanto do direito material quanto do direito processual, a exemplo dos direitos indisponíveis.

41 - A doutrina utiliza vários métodos de classificação dos atos processuais, de acordo com o ângulo de análise. Porém, mais importante do que qualificar ou quantificar o ato processual é identificá-lo, para saber a eficácia processual que é capaz de produzir, ou então para delimitar as consequências de seus eventuais defeitos.

42 - Não há que se falar na categoria de inexistência, seja em razão de sua ocorrência ser uma impossibilidade jurídica, seja porque os institutos processuais devem ser constituídos pelos seus próprios elementos, e não somente pelas suas consequências jurídicas, sob pena de distorções indesejáveis.

43 - O estudo dos atos processuais deve passar por cinco etapas distintas, sem as quais será difícil a sua sistematização. Sendo assim, necessário perquirirem-se as seguintes reflexões: a) a existência do ato processual; b) a presença do defeito no ato; c) o reconhecimento da invalidade pelo juiz; d) a aplicação da nulidade (sanção); e) os efeitos processuais decorrentes do reconhecimento da invalidade ou não do ato.

44 - Os princípios que regem as nulidades (do interesse jurídico, da finalidade e do prejuízo) não se confundem com os princípios que regem a teoria do ato processual e nem com os que dizem respeito à repercussão do pronunciamento da nulidade no processo (o do aproveitamento, o da convalidação e o da causalidade).

45 - Em relação aos efeitos da decretação de nulidade do ato, serão sempre *ex tunc*, ou seja, a partir da anulação do ato defeituoso, sem prejuízo de poder haver aproveitamento de atos posteriores.

46 - A verificação da presença dos requisitos de validade e do regular desenvolvimento do processo deve ser feita ao lado da apreciação dos atos processuais isoladamente considerados.

47 - Por sua vez, na atualidade repensa-se o emprego da rigidez das formas como um meio de se atingir uma tutela jurisdicional adequada, admitindo-se que seja disponibilizado um procedimento menos previsível e que sejam desconsiderados alguns vícios processuais, por não terem o condão de abalar a segurança da técnica utilizada e que, ao mesmo tempo, seja assegurado o comprometimento com o resultado jurisdicional desejado.

48 - Assim, a inserção da flexibilização do procedimento no ordenamento brasileiro acompanha uma tendência que já vem sendo adotada por outros países, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra, na França e em Portugal.

49 - Identificam-se quatro modelos de flexibilização: (i) por imposição legal; (ii) decorrente de ato judicial; (iii) por ato das partes; e (iv) o sistema em que a lei autoriza a variação e, ao mesmo tempo, permite adaptações decorrentes de ato judicial.

50 - As hipóteses de fungibilidade e de conversão, ou dos princípios da adequação e da adaptabilidade, sempre foram vistas com ressalvas pela doutrina e pela jurisprudência, mas nem por isso deixaram de ser aplicadas ao caso concreto, quando pudessem garantir a efetiva entrega da tutela jurisdicional, sem que houvesse prejuízos para as partes. Entretanto, a nova previsão legislativa – promoção de ajuste às peculiaridades da causa – é muito mais abrangente, uma vez que, além de não trazer parâmetros para a sua execução na prática, ainda inclui a possibilidade de ajuste do ato processual em si, o que merece bastante reflexão e cautela pelos atuentes do direito, e demandará toda uma logística operacional, inclusive no que tange aos serviços cartorários.

51 - O papel do juiz na aplicação da variação procedimental será decisivo para o sucesso ou não do instituto, uma vez que tanto a atitude contida do magistrado, quanto os excessos judiciais, poderão determinar os rumos da nova experiência legislativa.

52 - Verifica-se que essas alterações ideológicas e práticas são relativamente recentes, tanto em relação à legislação, quanto ao estabelecimento de uma cultura de flexibilização nos ordenamentos mencionados, de modo que resta aos juristas apenas observar a evolução dos novos institutos, para, se for o caso, aprender as novas técnicas e incorporar no processo civil brasileiro o que tiver êxito e for compatível com a nossa realidade jurídica.

53 - A recepção da flexibilização do procedimento acarreta necessariamente a alteração drástica de todo o sistema de nulidades processuais e de preclusão, sendo que, sem a harmonização dos três institutos, não há como ser concebida a referida inovação processual.

Assim, os defeitos processuais não poderão ser reconhecidos como antes, ou seja, isoladamente, sem que haja uma avaliação sistemática do contexto processual em que a forma e/ou o ato se expressou de modo mais maleável.

54 - A ordem pública também possui relevante papel no âmbito dos tribunais, mas atua de forma diferenciada da do primeiro grau de jurisdição, embora sua função primordial permaneça sendo a de técnica de controle da regularidade do processo civil.

55 - Revela-se importante para a regular condução dos recursos o uso adequado dos poderes dos membros do colegiado, em especial os do relator, que é responsável pelo juízo de admissibilidade recursal, pelo primeiro contato com as questões de ordem pública, suscitadas ou verificadas por meio do efeito translativo dos recursos, bem como pela observância do regimento interno do tribunal, quanto ao regular procedimento do julgamento em si.

56 - A atuação da ordem pública processual na fase recursal pode ocorrer em três situações distintas: a) no momento do juízo de admissibilidade dos recursos, ou seja, na verificação da presença dos requisitos recursais; b) quando do efeito translativo que, por sua vez, está ligado à análise da dimensão vertical do efeito devolutivo da decisão judicial em relação às questões de ordem pública até então identificadas no processo; e, c) na apreciação das questões de ordem pelo tribunal.

57 - Os requisitos de admissibilidade são exigências legais, cuja ausência inviabiliza o conhecimento do recurso e, conseqüentemente, o exame de seu conteúdo meritório.

58 - Eles se classificam em extrínsecos e intrínsecos. Os extrínsecos consistem em tempestividade, competência, regularidade formal e preparo. Já os intrínsecos são cabimento, legitimação recursal, interesse de recorrer e inexistência de fato impeditivo do exercício do ônus recursal.

59 - Na instância extraordinária, além dos requisitos previstos para todos os recursos, há outros mais específicos, tendo em vista que os recursos extraordinário e especial se caracterizam como sendo de fundamentação vinculada.

60 - O efeito translativo dos recursos consiste, em linhas gerais, na possibilidade de se conhecer de questões de ordem pública ou de interesse público no âmbito recursal, em decorrência do efeito devolutivo.

61 - A aplicação do efeito translativo deve atender a três premissas: a) as questões de ordem pública vão perdendo força a cada fase recursal ultrapassada; b) os capítulos da sentença impugnada podem ser considerados isoladamente, devendo ser analisado até que ponto as questões de ordem pública de um capítulo atingem os demais; e c) existe diferença de tratamento dessas questões entre a instância ordinária e a extraordinária, já que nesta

última há divergências sobre a aplicação do efeito translativo, cuja incidência, em princípio, se limitaria aos recursos ordinários.

62 - Por sua vez, a questão de ordem pode ser conceituada como a questão arguida no âmbito dos tribunais, referentes à ordem dos processos e ao respeito aos procedimentos regimentais. Suas hipóteses são variadas, podendo-se citar: a) os vícios do ato, procedimento ou de julgamento, que autorizam o tribunal a corrigir de ofício ou a determinar que o recorrente o faça; b) os relacionados à observância do contraditório e da ampla defesa; c) os que surgirem durante o julgamento do recurso; e, d) os que ocorrerem após o julgamento do recurso.

63 - A ordem pública também serve de fundamento e limite para a homologação de sentença estrangeira, procedimento que objetiva conferir eficácia no Brasil a um provimento estrangeiro, que pode ser judicial ou não.

64 - Ademais, a ordem pública ainda pode ser invocada como fundamento para a apresentação do incidente processual de suspensão da segurança, destinado a suspender ato judicial com grave risco de lesão ao interesse público. Trata-se de instrumento processual posto à disposição da Fazenda Pública, destinado a tutelar os interesses públicos ameaçados ou lesados por pronunciamento judicial, especialmente para a proteção da ordem pública.

65 - A ordem pública processual, na qualidade de técnica de controle da regularidade do processo, também se aplica aos meios não judiciais de solução de controvérsias que eventualmente venham se submeter ao crivo judicial. Atua, assim, como limite à autonomia das partes e dos órgãos envolvidos na resolução da controvérsia, preservando as garantias constitucionais.

66 - Os diferentes meios de resolução de controvérsias possuem características próprias que podem demandar um nível diferente de formalidade, mas todos eles, uma vez judicializados, devem se submeter ao controle criterioso do juiz.

67 - O estudo se restringiu a abordar a conciliação, a mediação, a arbitragem e o termo de ajustamento de conduta, tendo em vista serem importantes instrumentos de pacificação e, ainda, os principais alvos de questionamento e controle judicial, de modo a merecer uma específica atenção pela doutrina.

68 - A verificação da regularidade desses meios de resolução de controvérsias deve ser interpretada sempre restritivamente, são só para que haja a mínima intervenção judicial no tipo de método escolhido pelas partes, mas também para poder incentivar cada vez mais a utilização de formas não judiciais de solução de conflitos.

69 - Nesse contexto, os requisitos materiais compreendem capacidade dos sujeitos, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, proporcionalidade e razoabilidade, e exequoriedade. Já os requisitos processuais se relacionam com a cláusula do devido processo legal, especialmente o contraditório e a imparcialidade do terceiro intermediador, no que couber.

70 - Cada um desses requisitos deve ser avaliado de acordo com as particularidades de cada método de resolução de controvérsias, sendo importante, ainda, considerar os aspectos peculiares do caso em concreto apresentado.



## REFERÊNCIAS

- ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediación prejudicial*. Buenos Aires: Editorial Histórica Emilio J. Perrot, 2008. (Visión Compartida, 8).
- ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89-111.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Recurso especial: questão de ordem pública: prequestionamento. Brasília: [s.n], 2011. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso\\_Especial\\_Questao\\_Ordem\\_P%c3%bablica.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16749/Recurso_Especial_Questao_Ordem_P%c3%bablica.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 08 set. 2013.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Cynthia Ract de. Diferenças entre a ordem pública interna e a ordem pública externa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 25, n. 99, p. 284-287, jul./set. 1991.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O case management inglês: um sistema maduro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 7, p. 287-335, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014
- \_\_\_\_\_. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 195, p. 185-208, maio 2011.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de sentenças arbitrais e a ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 262-276, abr./jun. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ALVES, Maristela da Silva. O ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 77-91.
- ALVIM, Angélica Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda. Aspectos atinentes ao prequestionamento no recurso especial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 104, v. 397, p. 3-29, maio/jun. 2008.
- ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 191, p. 299-320, jan. 2011.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 196, p. 237-275, jun. 2001.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Reflexões sobre o controle judicial da sentença arbitral. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 214, p. 299-322, dez. 2012.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidney. *Fungibilidade dos meios*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil).

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil).

AMRANI-MEKKI, Soraya. L’avenir du nouveau Code de procédure civile en France. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dir.). *1806-1976-2006, de la commémoration d’un code à l’autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 241-260.

\_\_\_\_\_. The future of the categories, the categories of the futur. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 247-332.

ANDERSSON, Torbjörn. Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nell’ordinamento Svedese: I molti nodi di una sofferta europeizzazione. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 1-42.

ANDREWS, Neil. The adversarial principle, fairness and efficiency: reflections on the recommendations of the Woolf Report. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Eds.). *Reform of civil procedure: essays on “Access to justice”*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 169-185.

\_\_\_\_\_. English civil justice in the age of convergence. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 97-110.

\_\_\_\_\_. *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANGELINI, Francesca. *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea: i principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*. Padova: CEDAM, 2007.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Decisão interlocutória de mérito no projeto do novo CPC: reflexões necessárias. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodvum, 1011. p. 219-230.

ARAÚJO, Luciano Vianna. *Sentenças parciais?* São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Direito e Processo. Técnicas de Direito Processual – Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno).

ARFAZADEH, Homayoon. *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation: une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*. Bruxelles: Bruylant, 2005.

ARRIGONI, Caterina. Arbitrato irrituale tra negozio e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 61, n. 2, p. 323-343, giugno 2007.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: parte geral*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

ASSMAR, Gabriela. *Judicial review of mediators' conduct*. Tese (LL.M. in Comparative Jurisprudence) – New York University, School of Law, 1999.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, p. 1-15, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 58, n. 394, p. 119-122, ago. 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito estrangeiro nos tribunais brasileiros. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 355, p. 89-99, maio/jun. 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Constituição e processo: o modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional: natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 353, p. 141-199, jan./fev. 2001.

BARIONI, Rodrigo Otávio. *Efeito devolutivo da apelação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, v. 16).

BARLETTA, Antonino. I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 1.193-1.212, mar. 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 137-263.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *RDE: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27-64.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2003.

BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI), 14., 2005, Fortaleza. *Anais ...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/120.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil: uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, ano. 37, v. 214, p. 79-119, dez. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, v. 27, p. 186-189, jul./set. 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 358-378.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Garantia da amplitude de produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 151-189.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEIGNIER, Bernard. L'ordre public et les personnes. *Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, Toulouse, t. 42, p. 31-47, 1994.

BELTRÃO, Irapuã Gonçalves de Lima. Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 9, n. 105, p. 64-70, nov. 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. Processo, agravo de instrumento, e ... tênis? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 204, p. 243-248, fev. 2012.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, André (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p. 21-36.

BESSA, Fernanda Lucas. A homologação de sentenças estrangeiras no Brasil e o caráter paradoxal das normas de DIP. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 76-96, jan./mar. 2008.

BESSO, Chiara. L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 66, n. 3, p. 863-888, sett. 2012.

BIAVATI, Paolo. Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 1.301-1.323, mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 66, n. 2, p. 475-490, giugno 2012.

\_\_\_\_\_. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 56, n. 3, p. 751-775, sett. 2002.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene. El derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional. *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, v. 61, n. 2, p. 441-453, 2009.

BLESSING, Marc. Mandatory rules of law *versus* party autonomy in international arbitration. *Journal of International Arbitration*, Cambridge, MA, Kluwer Law International, v. 14, n. 4, p. 23-40, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 5. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2005.

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana: sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 25-70.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Constitucionalismo e teoria del diritto*. Roma; Bari: Laterza, 2005.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. – (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação Carlos Alberto Carmona).

BOSCHI, José Antônio Paganella. As condições da ação e os pressupostos processuais. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, Centro de Estudos Ibero-americano de Ciências Penais (CEIP), v. 2, n. 3, p. 29-47, maio/ago. 2001.

BOVE, Mauro. *Il principio della ragione vole durata del processo nell giurisprudenza nella Corte di Cassazione*. Napoli; Roma: Edizione Scientifiche Italiane, 2010.

BOVINO, Marcio Lamonica. *Abuso do direito de ação*: a ausência de interesse processual na tutela individual. Curitiba: Juruá, 2012.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRANDÃO, Fábio Nobre Bueno. Uma visão atual das condições da ação: requisitos do provimento final. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, América Jurídica, v. 3, n. 8, p. 95-107, abr./jun. 2002.

BRASÃO, Fábio Pereira; PAIVA, Heloísa Assis de. *A questão da ordem pública como limite à aplicação da vontade nos contratos internacionais realizados no âmbito do MERCOSUL*. p. 1-24. Disponível em:

<<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/3869/2874>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BÜLOW, Oscar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. 2. ed. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN, 2005.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1956.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 143-173.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O “ativismo” do juiz em tema de prova. *Revista de Processo*, ano 33, v. 159, p. 173-197, maio 2008.

\_\_\_\_\_. Ativismo judicial probatório no âmbito recursal. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, BA, n. 6, p. 225-261, 2012.

\_\_\_\_\_. Flexibilização procedimental. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 4, v. 6, p. 135-164, jul./dez. 2010. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre, v. 38, n. 123, p. 297-335, set. 2011.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 208, p. 275-294, jun. 2012.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012. (Coleção Andrea Proto Pisani, 1).

\_\_\_\_\_. Preclusão e decisão interlocutória no projeto do novo CPC. In: ROQUE, André Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Orgs.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: uma análise crítica*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. v. 1, p. 195-235.

\_\_\_\_\_. Preclusões para o juiz. *Cadernos de Direito Processual: revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES*, v. 2, p. 259-275, 2008.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e confiança legítima: reflexos e expectativas processuais. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 847-895.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. atual. e ampl. Campinas, SP: Millennium, 2007.

CADIET, Loïc. Civil justice reform: access, cost, and delay. the french perspective. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 291-329.

\_\_\_\_\_. Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, v. 160, p. 61-82, jun. 2008.

CADIET, Loïc. JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 6. éd. Paris: LexisNexis, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. 3 v.

CALIXTO, Negi. Contratos internacionais e ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 701, p. 45-49, mar. 1994.

\_\_\_\_\_. *Ordem pública: exceção à eficácia do direito estrangeiro*. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1987.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Reflexões em torno do agravo de instrumento. *Revista de Processo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, ano 32, v. 150, p. 24-42, ago. 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. *Ensaio sobre Dworkin*. Texto traduzido por Patrícia Sampaio da apresentação à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin "Derechos en serio". (Barcelona: Ariel, 1984). Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/patdwork.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html)>. Acesso em: 25 jan. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.



CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. v. 2.

\_\_\_\_\_. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 153, p. 33-46, nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Júnior. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 197, p. 261-270, jul. 2011.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 3).

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. A incidência imediata da lei de ordem pública no âmbito das relações contratuais. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, Rio de Janeiro, ano 5, v. 18, p. 379-400, abr./jun. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPONI, Remo. Aspetti fondamentali del processo civile tedesco (in margine alla traduzione in lingua italiana della ZPO). *Il giusto processo civile*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, v. 6, n. 1, p. 71-81, 2011.

\_\_\_\_\_. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 145-159. (Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

\_\_\_\_\_. La mediazione nelle legislazioni straniere. In: LAURINI, Giancarlo (Org.). La “mediazione” finalizzata alla conciliazione: disciplina, profile costituzionali, aspetti operativi. *Quaderni del Notariato*, Milanofiori, Assago, 2012. Disponível em: <[http://www.academia.edu/2276024/Caponi\\_2012\\_La\\_mediazione\\_nelle\\_legislazioni\\_stranie](http://www.academia.edu/2276024/Caponi_2012_La_mediazione_nelle_legislazioni_stranie)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CAPONI, Remo; DALFINO, Domenico; PISANI, Andrea Proto. *In difesa delle norme processuali*. A cura de Giuliano Scarselli. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 1-41. (Quaderni de il Giusto Processo Civile, 4).

CAPPELLETTI, Mauro. Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale. In: GIUDIZIO “a quo” e promovimento del processo costituzionale: atti del Seminario svoltosi in Roma nei giorni 13 e 14 novembre 1989. Milano: Giuffrè, 1990. p. 31-42.

\_\_\_\_\_. O processo civil no direito comparado. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001. (Clássicos do Direito).

\_\_\_\_\_. O processo civil italiano no quadro da contraposição “civil law”-“common law”: apontamento histórico-comparativo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 32, n. 100, p. 409-442, dez. 2005.

CARAMELO, António Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 9, v. 32, p. 133-173, jan./mar. 2012.

CARDOSO, Liana Memória. O pós-positivismo e a noção de ordem pública no direito internacional privado do século XXI. *Revista Virtual Curso de Mestrado da Universidade Católica de Brasília*, v. 2, n. 2, p. 33-55, 2008. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2584/1575>>. Acesso em 08 set. 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*: exposição didática, área do direito processual civil. 14. ed. atual. inclusive em face da Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O novo Código de Processo Civil: breve análise do projeto revisado no Senado. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 194, p. 141-172, abr. 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

\_\_\_\_\_. *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARPENA, Márcio Louzada. Da (des) lealdade no processo civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.htm](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.htm) Acesso em: 17 jan. 2008.

CARPI, Frederico. Prime considerazioni sulle garanzie processuali della Carta dell'Unione Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 219-226.

\_\_\_\_\_. Quelques remarques sur les reformes du procès civil em Italie. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 301-310.

CARTERET, Mawena. L'effacement de la notion d'ordre public sous l'action de la Communauté Européenne: le cas de la législation belge sur la sécurité privée. *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, ano 84, n. 5, p. 592-612, mai 2004.

CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos cíveis: art. 557 do CPC*. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Theotonio Negrão).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHASE, Oscar G. I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti D'America. In: VARANO, Vincenzo (Org.). *L'altra giustizia: i metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 129-156.

CHASE, Oscar G.; HERSHKOFF, Helen (Eds.). *Civil litigation in comparative context*. St. Paul: Thomson/West, 2007.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processual, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 62, n. 1, p. 129-152, mar. 2008.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 212, p. 83-94, out. 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2. ed. italiana de J. Guimarães Menegale; acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman; introdução de Alfredo Buzaid. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CLERICI, Roberta. Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma del 1980. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, v. 39, n. 3/4, p. 809-830, luglio/dic. 2003.

COLÓN RÍOS, Joel. La excepción de orden público en el derecho internacional privado. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Río Piedras, Puerto Rico, v. 71, n. 3, 781-807, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 227-246.

\_\_\_\_\_. Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, v. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, v. 112, p. 159-176, out./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 116, p. 97-158, jul./set. 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinário di cognizione*. 4. ed. Il Mulino: Bologna, 2006. v. 1.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 4. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORSO, Guido. *L'ordine pubblico*. Bologna: Il Mulino, 1979.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, v. 121, p. 275-301, mar. 2005.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil: la constitución y el proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho procesal civil: pruebas en materia civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho procesal civil: el juez, las partes y el proceso*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Reimpr. inalterada. Buenos Aires: Depalma, 1997.

CREMA, Luigi. Il caso WDF: corruzione e ordine pubblico transnazionale innanzi a la giurisdizione ICSID. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, ano 44, n. 1, p. 111-132, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Prequestionamento e voto-vencido*. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/doutrina/1103/prequestionamento-e-voto-vencido>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr. e Alexandre Freitas Câmara. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 198, p. 227-236, ago. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O poder dos juízes*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 700, p. 35-39, fev. 1994.

DAUCHY, Serge. La conception du procès civil dans le Code de Procédure Civile de 1806. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 77-90.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

DEHN, Conrad. The Woolf Report: against the public interest? In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Eds.). *Reform of civil procedure: essays on "Access to justice"*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 149-167.

DE CRISTOFARO, Marco; TROCKER, Nicolò. *Civil justice in Italy*. Tokuo: Jigakusha, 2010. p. 14-16. (Nagoya University Comparative Study of Civil Justice, 8).

DE GIOIA, Valerio. *Diritto processuale civile: aggiornato a la legge di riforma n. 69 del 18 giugno 2009*. Forlì: Experta, 2009.

DELGADO, José Augusto. A ordem pública como fator de segurança. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 9, v. 32, p. 27, maio/jun. 1985.

\_\_\_\_\_. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 84, v. 301, p. 335-346, jan./mar. 1988.

DE SANTIS, Francesco. Riforme processuali e "disponibilità" del regime preclusivo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 58, n. 4, p. 1.257-1.283, dic. 2004.

DIANA, Antonio Gerardo. *I provvedimenti del giudice civile: sentenze, ordinanze, decreti, sequestri, istruzione preventiva, provvedimenti d'urgenza, impugnazioni, tecniche di redazione della sentenza, dialogo processuale con il giudice: aggiornato alla Legge 18 giugno 2009, n. 69*. Padova: CEDAM, 2009.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Olavo de (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46.

DIDIER JR., Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 433-441. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/soltas%20novas%20tendencias%20do%20processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Matérias de ordem pública e prequestionamento: crítica de Fredie Didier ao STJ*. Disponível em: <<http://forumjuridico.direitointegral.com/t-mat%C3%A9rias-de-ordem-p%C3%BAblica-e-prequestionamento-cr%C3%ADtica-de-fredie-didier-ao-stj#.Uu7zD5NTupo>>. Acesso em: 08 abr. 13.

\_\_\_\_\_. *Preclusão e decisão interlocutória. Anteprojeto do Novo CPC. Análise da proposta da Comissão*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI103549,81042-Preclusao+e+decisao+interlocutoria+Anteprojeto+do+Novo+CPC+Analise+da>>. Acesso em: 02 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 197, p. 255-260, jul. 2011.

DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 4. ed. rev., ampl. e atual., 2. tiragem. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 4.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Princípio da adequação jurisdicional do processo coletivo: benfazela proposta contida no projeto de nova lei de ação civil pública. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 245-254.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. L'articolo 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea: la prospettiva spagnola. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 43-52.

\_\_\_\_\_. *Civil justice in Spain: present and future: access, cost, and duration*. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 385-412.

\_\_\_\_\_. Con motivo de la traducción al italiano de la obra del profesor Juan Montero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 29-46.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros 2009. v. 2-3.

\_\_\_\_\_. *Litisconsórcio*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI NAPOLI, Ricardo Bins; GALLINA, Albertinho Luiz (Orgs.). *Norberto Bobbio: direito, ética e política*. Ijuí, RS: Unijuí, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. atual. até a EC nº 62/09. São Paulo: Atlas, 2010.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

\_\_\_\_\_. A ordem pública internacional em seus diversos patamares. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 93, v. 828, p. 33-42, out. 2004.

DORAL GARCÍA, José Antonio. *La noción de orden público em el derecho civil español*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1967.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil: teoria geral*. 3. ed. rev. ampl. atual. com as leis da "reforma". São Paulo: Nelpa, 1999. v. 1.

DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (Coords.). *Processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Método, 2006. 2 v.

DUARTE, Maria Luísa. *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

DWYER, Déirdre. Categories of English civil procedure. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 571-593.

ENONCHONG, Nelson. Public policy in the conflict of laws: a chinese wall around little England? *International and Comparative Law Quarterly*, London, v. 45. n. 3, p. 633-661, July 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 15- 53.

FADLALLAH, Ibrahim. L'ordre public dans les sentences arbitrales. In: *Recueil des Cours*. London: Martinus Nijhoff, 1994. p. 369-430. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, n. 249).

FARIA, Márcio Carvalho. O princípio do contraditório, a boa-fé processual. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 729-770.

FARIA, Paulo Ramos de. *Regime processual civil experimental comentado*. Coimbra: Almedina, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAND, Frédérique. La conception du procès civil hors de France. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 277-299.

\_\_\_\_\_. I diritti fondamentale e il processo civile in Francia. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 53-93.

\_\_\_\_\_. The respective role of the judge and the parties in the preparation of the case in France. In: TROCKER, Nicolò; VARANO, Vincenzo (Eds.). *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: G. Giappichelli, 2005. p. 7-32.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania do mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., 18. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v.1, n. 3, p. 263-278, 2005.



FERRI, Giovanni B. *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*. Milano: Giuffrè, 1970.

FILOCRE, D'Aquino. Revisita à ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel de Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós; coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121-145.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FOLLIERI, Enrico. Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, anno 24, fasc. 2, p. 495-520, jun. 2006.

FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, RS, v. 4, n. 21, p. 97-108, nov./dez. 2007.

FORNACIARI, Michele. L'inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 360-bis c.p.c. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 67, n. 2, p. 645-675, giugno 2013. Disponível em: <[http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3150/l\\_inammissibilita\\_del\\_%20ricorso.pdf](http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3150/l_inammissibilita_del_%20ricorso.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Pressuposti processuali e giudizio di merito: l'ordine di esame delle questioni nel processo*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Ainda sobre a declaração *ex officio* da falta de um pressuposto processual ou de uma condição da ação em agravo de instrumento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 50, 01 abr. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2007/ainda-sobre-a-declaracao-ex-officio-da-falta-de-um-pressuposto-processual>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 43).

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *Normas imperativas de direito internacional privado: lois de police*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 4-24.

\_\_\_\_\_. Processo e Constituição. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-44.

FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação Carlos Alberto Carmona).

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. As recentes reformas processuais civis contemporâneas: sintonia do direito processual e direito constitucional. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 139-165.

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre a mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-38.

GAMA, Lidia Elizabeth Peñaloza Jamarillo. *O devido processo legal*. Leme, SP: LED, 2005.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-34.

\_\_\_\_\_. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coords.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143-164.

\_\_\_\_\_. *The un-viability of legal positivism*. Universidade de Castilha - La Mancha, Toledo (Spain).

GARMENDIA ARIGÓN, Mário. *Ordem pública e direito do trabalho*. Revisão técnica de Irary Ferrari; tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo. LTr, 2003.

GASPAR, Renata Alvares. *Reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de Arbitragem – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).

GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNINI, Leandro J. Transacción y mediación en los procesos colectivos: requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados em acciones de clase. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 201, p. 149-199, nov. 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOISIS, Francesco. Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, anno 24, fasc. 1, p. 243-284, mar. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. Campinas: Mirelli, 2003.

GONÇALVES, William Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRASSELLI, Giorgio; MASONI, Roberto; MARTINO, Maria. *Il nuovo processo civile*. Milanofiori Assago: UTET Giuridica, 2010.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 290-304.

\_\_\_\_\_. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 1, v. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes (RJ), ano 7, n. 9, p. 119-144, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes, RJ: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005. (Coleção José do Patrocínio, v. 1).

\_\_\_\_\_. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 51, n. 305, p. 61-99, mar. 2003. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429)>. Acesso em: 10 jan. 2014.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 369-406.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil: introdução do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier; RODRIGUES, Walter dos Santos (Coord.). *O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 1-45.

\_\_\_\_\_. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Efficienza e garanzie: i nuovi istituti processual in America Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 37, v. 203, p. 267-292, jan. 2012.

\_\_\_\_\_. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 3-10, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 225-249.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRUPO DE ESTUDOS “A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRACIA”. Da vontade do legislador ao ativismo judicial: os impasses da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 40, n. 160, p. 223-243, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.oei.es/n8908.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2014).

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil: introducción, parte general y procesos declarativos y de ejecución ordinarios*. 4. ed. rev. y adapt. a la legislación vigente por Pedro Aragoneses. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.

GUASTINI, Riccardo. A ‘Constitucionalização’ do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 271-293.

GUERREIRO, Luis Fernando. Arbitragem e jurisdição: premissa à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 159, p. 9-34, maio 2008.

GUINCHARD, Serge. *Droit et pratique de la procédure civile*. Paris: Dalloz, 2006. p. 447-474.

\_\_\_\_\_. *Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processual*. Paris: Dalloz, 2010. p. 810-820.

GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 6e éd Paris: Dalloz, 2011. p. 1-47.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e comercial: prova*. São Paulo: Saraiva, 1924. v. 2.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. Ordem. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35.

HAMMJE, Petra. Droits fondamentaux et ordre public. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, Sirey, v. 86, n. 1, p. 1-31, jan./mars. 1997.

HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Olavo de (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 321-346.

HUMPHREYS, Luís Fernando Lisbôa. *A exceção de ordem pública no direito internacional privado*. Monografia apresentada no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

JARDIM, Augusto Tanger. *Das nulidades processuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Augusto%20Tanger%20Jardim%20-formatado.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

JEULAND, Emmanuel. La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975. . In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 101-110.

JOLOWICZ, John Anthony. Active role of the court in civil litigation. In: CAPPELLETTI, Mauro; JOLOWICZ, John Anthony. *Public interest parties and the active role of the judge in civil litigation*. Milano: Giuffrè; Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications 1975. p. 157-277. (Studies in Comparative Law, 15).

\_\_\_\_\_. *On civil procedure*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000.

JOLOWICZ, John Anthony. A reforma do processo civil inglês: uma derrogação do *adversary system*? Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, p. 61-68, out./dez. 1994.

JORGE, Flávio Cheim. *Sobre a Súmula 401 do STJ*. Disponível em: <<http://www.cjar.com.br/noticias/flaviocheim-stj-sumula.html>>. Acesso em: 08 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual, 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Justiça e Direito).

KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2007.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

\_\_\_\_\_. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Reconhecimento da sentença estrangeira e tutela da ordem pública processual pelo juiz do foro; ou a verificação, pelo STJ, do “modo de ser” do processo estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 156, p. 64-75, fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.doc>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

KNOCH, Myllena de Carvalho. Os embargos infringentes e as questões de ordem pública. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 26, p. 103-116, 2009. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/30/28](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/30/28)>. Acesso em 15 jan. 2014.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRIEF-VERBAERE, Catherine. Recherches sur la notion d’ordre public en droit interne russe à l’aune du droit français: étude de droit privé sur l’ordre public en droit comparé français e russe. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 55, n. 1, p. 151-175, jan./mars 2003.

LACERDA, Galeno. O Código e o formalismo processual. Conferência proferida, na sessão solene de encerramento do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Porto Alegre, em 15.07.1983. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, PR, v. 21, n. 0, p. 13-20, 1983.

\_\_\_\_\_. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEDESMA, Ángela Ester. Justicia consensual penal em Argentina. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 202, p. 143-170, dez. 2011.

LAZZARINI, Álvaro. Ordem constitucional de 1988 a ordem pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 115, p. 275-294, jul./set. 1992.

LEAL, Marcello Fernandes. *A ordem pública na arbitragem e na homologação da sentença arbitral estrangeira*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1549](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1549)>. Acesso em: 15 ago. 2013.

LEPINEUX, Barbara. *Approche institutionnelle de l'ordre public: les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*. Clermont-Ferrand: Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, anno 4, n. 1, p. 47-71, 1950.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 2.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 7. ed., a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. Do saneamento do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 59-72.

LONGOBARDI, Nino. Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie. *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, Milano, Giuffrè, anno 23, fasc. 1, p. 52-74, mar. 2005.

LOPES, João Batista. Breves considerações sobre o instituto da preclusão. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo*, São Paulo, v. 76, p. 13-27, maio/jun. 1982.

\_\_\_\_\_. *A prova do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Novo Código de Processo Civil e efetividade da jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 188, p. 136-174, out., 2010.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Princípio da efetividade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 241-254.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil procedure*. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2004.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O mérito do processo e as condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 188, p. 69-100, out. 2010.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana do direito. *Sofia: revista de filosofia*, Vitória, ES, Departamento de Filosofia, Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), ano 7, n. 7, p. 175-200, jan./jun. 2001.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. Diciottesima edizione aggiornata a la legge n. 10 del 2012. A cura di Cláudio de Angelis. Milano: Giuffrè, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. Os aspectos procedimentais da petição inicial e da contestação e o novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodvum, 2011. p. 81-102.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo: de acordo com o Projeto de novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Theotônio Negrão).

MANDRIOLI, Crisanto; CARRATA, Antonio. *Corso di diritto processuale civile: Nozioni introduttive e disposizioni generali*. 11. ed. Torino: G. Giappichelli. 2013. v. 1.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 117-168.

\_\_\_\_\_. Patriotismo constitucional e patriotismo republicano. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 709-742.



MALACHINI, Edson Ribas. Alegações impreluíveis e dever judicial de cognição ex officio. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19-46.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008 e Emendas Regimentais do STF e do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos. *Das exceções rituais no processo civil brasileiro: incompetência, suspeição e impedimento*. 1989. 216 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARDER, Alexandre Salgado. *Das nulidades no direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARINELLI, Marino. *La natura dell'arbitrato irrituale: profili comparatistici e processuali*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 11-21, ago., 2007. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 25 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Curso de Processo Civil, v. 1).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de Processo Civil, v. 2).

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento: 1ª parte*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MARQUES, Jussara Cristina. Ordem pública, ordem privada e bem comum: conceito e extensão nos direitos nacional e internacional. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, Maringá, PR, v. 2, n. 1, p. 245-268, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/427/346>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MATEOS, Antônio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 8, v. 30, p. 61-100, jul./set. 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 119-135.

MAYER, Lucie. *Actes du procès théorie de l'acte juridique*. Paris: IRJS Éditions, 2009.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57-78.

\_\_\_\_\_. A prescrição e a sua pronúncia de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil? In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). *Reflexos do novo código civil no direito processual*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 251-282.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 305-318.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 6. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Recursos no Processo Civil).

MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Requisitos recursais excessivamente formalistas em face do princípio da instrumentalidade das formas, segurança jurídica e legítima confiança do cidadão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 201, p. 453-480, nov. 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113. (Processo Civil Moderno).

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 12.322/2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Processo Civil Moderno, v. 2).

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

MELLO, Rogério Licastro Torres. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Theotônio Negrão).

MELO, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, v. 132, p. 7-29, fev. 2006.

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-706.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O acesso à Justiça e as condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 174, p. 325-338, ago. 2009.

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

MENDONÇA, Luís Correia de. Processo civil líquido e garantias: o regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 170, p. 215-250, abr. 2009.

MENDONÇA, Paulo Halfeld Furtado de. Questões de ordem pública e a competência recursal dos tribunais de superposição. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.437, 8 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9992/questoes-de-ordem-publica-e-a-competencia-recursal-dos-tribunais-de-superposicao/2>>. Acesso em: 08 set. 2013.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 61, n.3, CEDAM, Padova, CEDAM, ano LXI, n. 3, p. 869-902, 2006.

MENEZES, Rodrigo Ramos Lourega de. *Paradigmas do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <[http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris\\_2/artigo10.pdf](http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo10.pdf)>. Acesso em 04 jun. 2010.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 33, n. 103, p. 69-94, set. 2006.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de et al. O colapso das condições da ação?: um breve ensaio sobre os efeitos da carência de ação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2, p. 243-271. (Coleção Doutrinas Essenciais).

MICHALIK, Paul. Justice in crisis: England and Wales. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 117-165.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de derecho procesal civil: el proceso contencioso de cognición*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1970. v. 2. (Colección Ciencia del Proceso, v. 53).

\_\_\_\_\_. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1966.

MIRANDA, Vicente. *Lições de processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. Prequestionamento nas questões de ordem pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4606/prequestionamento-nas-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, do CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 149, p. 105-119, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *O problema da invalidade dos atos processuais do direito processual civil brasileiro contemporâneo*. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Daniel%20Francisco%20Mitidiero%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, BA, n. 10, p. 1-11, maio/jul. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2013.

MOIZARD, Nicolas. Le principe communautaire de protection nationale renforcéet l'ordre public social français. *Droit Social*, Paris, n. 11, p. 916-927, nov. 1999.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 173-194.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. 4. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 129-165.

\_\_\_\_\_. Prólogo. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 15-28.

MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Disponível em: <<http://campus.academiadederecho.org/upload/webs/valencia/valencia/PCI%20-%20Juan%20Montero%20Aroca%20-%20Completo.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.  
Acertar na nota

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMÉZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional: parte general*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1993. v. 1.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GOMÉZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional: proceso civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1993. v. 2.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 3rd ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 CPC. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. 85-94.

\_\_\_\_\_. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 199-210.

\_\_\_\_\_. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 28, v. 111, p. 103-112, jul./set., 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (arts. 476 a 565)*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A competência como questão preliminar e como questão de mérito. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*; quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95-104.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do processo no direito brasileiro. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. (Coords.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-55.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 58-72.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e técnica processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29.

\_\_\_\_\_. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 10, v. 37, p. 140-150, jan./mar. 1985.

\_\_\_\_\_. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 11, v. 44, p. 176-185, out./dez. 1986.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 9, v. 35, p. 178-184, abr./jun. 1984.

\_\_\_\_\_. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 131-138.

\_\_\_\_\_. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 199-214.

\_\_\_\_\_. Notas sobre as recentes reformas no processo civil francês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 150, p. 59-69, ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, v. 99, p. 74-83, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. O processo civil contemporâneo: em enfoque comparativo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-54.

\_\_\_\_\_. Que significa “não conhecer” de um recurso? In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 125-143.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 73-93.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 141, p. 7-19, nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Sobre pressupostos processuais. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-93.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi Procedura Civile*: il procedimento di dichiarazione in prima istanza (fine): i mezzi per impugnare le sentenze. 4. ed. riveduta con appendici sulla legislazione a tutto il 1922. Milano: F. Vallardi, 1923. v. 4.

MOSCONI, Franco. Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova, anno 30, n. 1, p. 5-14, genn./mar. 1994.

MOUGENOT, Dominique. *Principes de droit judiciaire privé*. Bruxelles: Larcier, 2009.

MOUTA, Madson da Cunha. Ação: ausência de condição constatada no final do processo, carência de ação ou improcedência do pedido? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, v. 4, n. 24, p. 31-34, jul./ago. 2003.

MURRAY, Peter L. Mediation and civil justice: a public-private partnership? In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 539-556.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German civil justice*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2004.

MUSSI, Breno Moreira. As condições da ação e a coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, v. 45, p. 35-53, jan./mar. 1987.

NÉRAUDAU-D'UNIENVILLE, Emmanuelle. Ordre public et droit des étrangers en Europe: la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne. Bruxelles: Bruylant, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Condições da ação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, v. 64, p. 33-38, out./dez. 1991.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 966-982.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Competência relativa de foro e a ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete n. 33 da Súmula do STJ. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 693, p. 112-115, jul. 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

\_\_\_\_\_. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Método, 2004.

\_\_\_\_\_. O princípio da comunhão das provas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, p. 19-33, out. 2005.

NGUIHE KANTE, Pascal. Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, Dalloz, v. 63, n. 1, p. 1-28, janv./mars 2010.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 168, p. 331-346, fev. 2009.



NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil?: diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 184, p. 109-140, jun. 2010.

O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil litigation*. 13th ed. London: Sweet and Maxwell, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 758-778.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 155, p. 10-26, jan., 2008.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 137, p. 13, jul. 2006

\_\_\_\_\_. *Livre apreciação da prova: perspectivas atuais*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/artigo%2020%20formatado.doc>>. Acesso em: 01 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Gênese: revista de direito processual civil*, Curitiba, v. 8, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Condições da ação: possibilidade jurídica do pedido. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 12, v. 46, p. 39-47, abr./jun. 1987.

OLIVEIRA, Carlos Frederico Saturnino de. O poder instrutório do julgador e a garantia processual das partes não produzirem provas contra si. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 96, v. 351, p. 571-579, jul./set. 2000.

OLIVEIRA FILHO, João de. *Do conceito da ordem pública*. São Paulo: [s.n.], 1934.

\_\_\_\_\_. Ordem pública. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35. p. 222-264.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Recursos de efeito devolutivo restrito e a possibilidade de decisão acerca de questão de ordem pública sem que se trate da matéria impugnada. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 232-271.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Da constitucionalização do processo à procedimentalização da Constituição: uma reflexão no marco da teoria discursiva do direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 541-547.

\_\_\_\_\_. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do estado democrático de direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENJOIN, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 229-254.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Sistemas, regras e princípios na Constituição brasileira de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Olavo de (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 1-24.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. O juiz na sociedade moderna ou repensando o judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 683. p. 245-248, set. 1992.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes do juiz nas ações coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Atlas de Processo Civil – Coordenação de Carlos Alberto Carmona).

ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. 7. ed. rev. y puesta al día. Cizur Menor, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Traducción de Isabel Lifante Vidal. *DOXA: Cuadernos de Filosofía*, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2014.

OTEIZA, Eduardo. Civil procedure reforms in Latin America: the role of the judge and the parties in seeking a fair solution. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 223-246.

PACAGNAN, Rosaldo Elias. Breves reflexões sobre as condições da ação. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 53, n. 331, p. 65-74, maio 2005.

PALIERO, Livia Maria. La mediazione in Germania: recenti prospettive. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 66, n. 3, p. 889-914, sett. 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PANTOJA, Fernanda Medina. Da mediação incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 185-239.

\_\_\_\_\_. Reformas processuais: sistematização e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, v. 160, p. 87-114, jun. 2008.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Processo e pressupostos processuais. *Revista da AGU*, Brasília, Advocacia-Geral da União, Centro de Estudos Victor Nunes Leal, ano 6, n. 14, p. 83-104, dez. 2007.

PEREIRA, Rafael Caselli. *A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Rafael%20Caselli%20Pereira%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D. La reforma del proceso civil alemán 2002: principios rectores, primera instancia y recursos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 728-754.

\_\_\_\_\_. ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y funcionabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 20, p. 183-208, jun. 2010.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, v. 91, p. 203-212, jul./set., 2000.

PICÓ I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 102-126.

\_\_\_\_\_. Los principios del nuevo proceso civil español. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, v. 103, p. 59-94, jul./set. 2001.

PICOZZA, Elisa. Il calendario del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, ano 64, n. 6, p. 1.650-1.659, nov./dic. 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio Janeiro (UERJ), ano 5, v. 7, p. 73-114, jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_7a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf)>. Acesso em 20 fev. 2014.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista de Direitos Difusos*, v. 10, n. 52, p. 55-96, dez. 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. O regime processual experimental português. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 148, p. 169-180, jun. 2007.

PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 47-83.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 59-75.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 3.

PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz, NERY Jr., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 179-194.

PRATA, Edson. Crise do processo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao professor Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 195-214.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

PRINCIGALLI, Anna Maria. Poteri del giudice ed equilibrio contrattuale. In: CASCIONE, Cosimo; GERMINO, Emilio; DORIA, Carla Mais (Orgs.). *Parti e giudici nel processo: dai diritti antichi all'attualità*. Napoli: Datura Editrice, 2006. p. 731-744.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Nuova ristampa della 5. ed. con appendici di aggiornamento fino al d. lgs 1 settembre 2011 n. 150 e due capitoli sostitutivi. Napoli: Jovene, 2012.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matéria de ordem pública no âmbito do direito processual civil*. 2004. 308 p. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

RAATZ, Igor; SILVA, Frederico Leonel Nascimento e. Crítica à tese do julgamento de ofício das “questões de ordem pública” em recurso especial: uma proposta de reflexão sobre o papel dos Tribunais Superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 202, p. 69-92, dez. 2011.

RAMOS, Rui Manuel Moura. L'ordre public international en droit portugais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, n. 74, p. 45-62, 1998.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Abuso de derecho e nel processo? In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 1-6.

\_\_\_\_\_. La conception du procès civil hors de France: le cas espagnol. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 311-327.

\_\_\_\_\_. *El sistema procesal español*. 5. ed. Barcelona: José Maria Bosch, 2000.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. anotada e atualizada com o novo Código Civil por Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1965.

\_\_\_\_\_. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. rev. e aum. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

REDENTI, Enrico. *Atti processuali: diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 2, p. 374-448, Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/pss/1340797>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

RIBEIRO, Maurício Moura Portugal. *O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar: périplo do paradigma de dogmática contratual pós-napoleônica*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2002.

RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-499.

RICCI, Francisco. *Tratado de las pruebas: de la prueba testifical, de la confesión, del juramento decisorio, del juramento de oficio, de la cosa juzgada*. Traducción aumentada con notas y apéndices relativos á la legislación y á la jurisprudencia españolas y con un estudio preliminar por Adolfo Buylla e Adolfo Posada. Madrid: La España Moderna, [1981]. v. 2.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile: Legge 18 giugno 2009, n. 69*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

RIGAILO, Ivana Ostapiv. *O conceito de ordem pública na decretação da prisão preventiva*. Monografia (Especialização) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia, Curitiba, PR, 2004.

RINOLDI, Dino. *L'ordine pubblico europeo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

\_\_\_\_\_. Limitações no direito adquirido. *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, RS, v. 20, n. 59, p. 62-78, nov. 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 165-191.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Orgs.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 175-222.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Suspensão da segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROQUE, André Vasconcelos. O estado de necessidade processual e a admissibilidade das provas (aparentemente) ilícitas. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, v. 153, p. 311-336, nov. 2007.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico no direito processual civil: as questões de ordem pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 908, p. 263-291, jun. 2011.

SABÓIA, Marcelo Rocha. Algumas questões acerca das noções de ordem pública e ordem justa: a tradição liberal e a crítica marxista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 132, p. 268, out./dez., 1996

SAENGER, Ingo. Case management in Germany. In: GOTTWALD, Peter (Ed.). *Litigation in England and Germany: legal professional services, key features and funding*. Bielefeld: Giesecking, 2010. p. 15-37.

SALDANHA, Nelson. Ordem política: direito e Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 113, p. 25-30, jan./mar. 1992.

SALES, Ana Flávia; TAVARES, Fernando Horta; ALVARENGA, Ricardo Machado. Pressupostos processuais e condições da ação executiva: uma proposição fundamentada na garantia constitucional do acesso ao direito. *Direitos fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, HS Editora, ano 5, n. 14, p. 244-268, jan./mar. 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 779-792.

\_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 39-77.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Acerca del orden publico económico: análisis de un caso real. *Revista de Derecho*, Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ano 58, n. 188, p. 107-117, jul./dic. 1990. Disponível em: <[www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2380](http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2380)>. Acesso em: 20 jan. 2014.

SANSEVERINO, Milton. Interesse público e ministério público no processo civil: breves reflexões. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 171-180.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 27 jan. 2014.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

SANTOS, José Anacleto Abduch. A lesão à ordem pública como fundamento de suspensão dos efeitos de medida liminar e de sentença. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 3, n. 11, p. 211-219.out./dez. 2005.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O trânsito em julgado progressivo das decisões de mérito: uma visão da ótica das decisões interlocutórias. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 202, p. 369-402, dez. 2011.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 35.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Prova judiciária no cível e comercial: parte gera*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1-5.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Valdeci dos. *Teoria geral do processo*. Campinas: Bookseller, 2005.



SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-129.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 267-302.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003. v. 2.

SCARSELLI, Giuliano. Poteri del giudice e diritti delle parti. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. (Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la 5. edición alemana. Barcelona, Espanha: Bosch, 1946.

SCREVEENS, Raymond. Les situations d'urgence et la police: sauvegarde de l'ordre public et des droits de l'homme. *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, Bruxelles, v. 68, n. 4, p. 339-347, avril 1988.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978. (Colección Ciencia del Proceso, v. 65).

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil: atualizado de acordo com a nova reforma processual: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Bruno Campos. O recurso de agravo de instrumento na sistemática do novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: JusPodvum, 1011. p. 61-80.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SILVA, Erick Simões da Camara e. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 35, v. 181, p. 273-296, mar. 2010.

SILVA, Ivan Luiz da. Suspensão de execução de decisão judicial na alta jurisprudência brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 836, p. 69-82. jun. 2005.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 15-30.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005). São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Leila Maria Bittencourt da. A defesa do Estado e a ordem pública. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 101, v. 379, p. 413-417, maio/jun. 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 1, n. 5, p. 76-97, mar./abr. 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. A prova ilícita no cível. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 187-206.

SILVESTRI, Gaetano. *Dal potere ai princìpi: liberta ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*. Roma; Bari: GLF Editori Laterza, 2009.

SLAPPER, Gary; KEELY, David. *O sistema jurídico inglês*. Tradução de Marcílio Moreira de Castro; revisão técnica de Francisco Bilac M. Pinto Jr. e Monique Geller Moszkowicz. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tássio Eduardo; ZANARDI, Glaziele; MILLARD, Rafaela Maria. A concretude das condições para o legítimo exercício do direito de ação e as consequências decorrentes. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 36, v. 195, p. 399-422, maio 2011.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012. (Coleção Professor Arruda Alvim, 12).

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 8. ed. rev. e atual. à luz da Lei n. 12.322, de 2010. São Paulo: Saraiva; IDP, 2011.

SOUZA, Gerson Amaro de. Extinção do processo sem julgamento de mérito e a impossibilidade de renovação da ação. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Editora Notadez, ano 58, n. 394, p. 11-40, ago. 2010.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. *Sentenças parciais no processo civil: consequências no âmbito recursal*. São Paulo: Método, 2009. (Coleção Professor Arruda Alvim, 11).

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 75, v. 606, p. 9-12, abr. 1986.

SYMPOSIUM: comparative visions of global public order (Part1). *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 46, n. 2, p. 387-388, 2005.

TABORDA, Maren Guimarães. A afirmação do princípio da proteção à dignidade humana como componente da ordem pública. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano 2, n. 5, p. 186-203, out./dez. 2008.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 19-40.

TANIGUCHI, Yasuhei. O Código de Processo Civil japonês de 1996: um processo para o próximo século? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, v. 99, p. 50-73, jul./set. 2000.

\_\_\_\_\_. How much does japanese civil procedure belong to the civil law and to the common law. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: Lexis Nexis, 2010. p. 111-224.

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – (Coleção Temas Fundamentais de Direito, v. 4).

TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Consideraciones sobre prueba y verdad. Traducción de Andréa Greppi. *Derechos e Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 7, n. 11, p. 99-123, enero/dic. 2002.

\_\_\_\_\_. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Traducción de Juan Andrés Varas Braun. *Revista de Derecho*, Valdivia, Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, v. 15, n. 2, p. 205-213, dic. 2003, p. 205.

\_\_\_\_\_. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 31, v. 133, p. 239-266, mar. 2006.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *Il processo civile riformato*. Bologna: Zanichelli Editore, 2010.

\_\_\_\_\_. Some remarks about procedural models. In: WALKER, Janet; CHASE, Oscar G. (Eds.). *Common law, civil law, and the future of categories*. Toronto: LexisNexis, 2010. p. 595-628.

TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

TARZIA, Giuseppe. *Problemi del processo civile di cognizione*. Padova: CEDAM, 1989.

TEIXEIRA, Guilherme de Freire Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 13).

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O STJ e o processo civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 17, p. 223-235, out./dez. 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Teixeira. *Nulidades no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé: papel do juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 636-647. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/artigo%2049%20formatado.doc>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. Homologação de sentença estrangeira: ofensa à ordem pública. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 88, p. 75-87, nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Homologação de sentença estrangeira: ofensa à ordem pública. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 5-21, nov./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20687>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 74, v. 263, p. 39-47, jul./set. 1978.

\_\_\_\_\_. Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 5, v. 17, p. 41-49, jan./mar. 1980.

THÉRY, Philippe. La question des sources. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dirs.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 261-276.

TIBURCIO, Carmem. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 209-224.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

TROCKER, Nicolò. Il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva nell'opera creatrice della Corte di Giustizia della Comunità Europea. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coords.). *Diritti fondamentali e giustizia Civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 247-292.

\_\_\_\_\_. Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l' "azione" nell'elaborazione della corte europea dei diritti dell'uomo (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 61, n. 1, p. 35-65, genn./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l' "azione" nell'elaborazione della corte europea dei diritti dell'uomo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 61, n. 2, p. 439-460, apr./giugno 2007.

\_\_\_\_\_. Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano (Org.). *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: atti del Convegno di Siena del 23-24 novembre 2007*. Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 165-195. (Quaderni de Il Giusto Processo Civile, 4).

\_\_\_\_\_. *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale. In: FAZZALARI, Elio (Dir.). *Diritto processuale civile e Corte Costituzionale*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 439-487.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do julgamento conforme o estado do processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Poder Judiciário e sentença arbitral*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

VALGUARNERA, Filippo. Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno 62, n. 3, p. 885-912, sett. 2008.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, 17 – Coordenação de Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier).

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. *O princípio da cooperação e as questões de ordem pública: uma visão da garantia do contraditório*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10261/o-principio-da-cooperacao-e-as-questoes-de-ordem-publica>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

VERDE, Giovanni. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67-80.

VIMBERT, Christophe. L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel. *Revue du Droit Public et de la Science Politique En France et a l'Etranger*, n. 3, p. 693-745, mai/juin 1994.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 27. éd. Paris: Dalloz, 2003.

VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline. *L'ordre public: étude de droit compare interne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VINCENZI, Brunela Vieira de; MACHADO, César Rossi. A complexidade da ordem pública entre outras culturas. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 11 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 6. ed. Roma; Bari: Laterza, 2009.

VIVEIROS, Estefânia. *Os limites do juiz para correção do erro material*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. (Coleção Andrea Proto Pisani, v. 4).

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 95-118.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Embargos infringentes e questões de ordem pública de natureza processual. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, v. 67, p. 26-39, jul./set. 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Recursos no Processo Civil, v. 2).

\_\_\_\_\_. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, v. 172, p. 121-174, jun 2009.

\_\_\_\_\_. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman, v. 16).

\_\_\_\_\_. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. da obra Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 34-98.

WIEDERKEHR, Georges. Les exposés des motifs du Code de Procédure Civile de 1806. In: CADIET, Loïc; CANIVET, Guy (Dir.). *1806-1976-2006, de la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*. Paris: Lexis Nexis; Litec, 2006. p. 91-100.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, v. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

\_\_\_\_\_. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano 31, n. 94, p. 105-132, jun. 2004.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Civil procedure*. London: Lexis Nexis, 2003.

\_\_\_\_\_. L'influenza della Convenzione Europea dei Diritti Dell'uomo sul Processo Civile Inglese. In: TARUFFO, Michele; VINCENZO, Varano (Coord.). *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*. Torino: G. Giappichelli, 2002. p. 119-138.

\_\_\_\_\_. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In: ZUCKERMAN, Adrian A. S. (Ed.). *Civil justice in crisis: comparative perspectives of civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 3-52.

\_\_\_\_\_. Litigation management under CPR: a poorly-used management infrastructure. In: DWYER, Déirdre (Ed.). *The Civil Procedure Rules ten years on*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2009. p. 89-107.