Estratégia CONCURSOS

Aul

Direito Processual Civil p/ PGM-Rio de Janeiro (Procurador) IBFC - Pós-Edital

Professor: Equipe Rodrigo Vaslin, Rodrigo Vaslin

AULA 00

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Sumário

Direito Processual Civil para Concurso 4
Metodologia do Curso 6
Apresentação Pessoal 7
1 - Considerações Iniciais 10
2 – Conceito e História do Direito Processual Civil 13
2.1 Conceito 13
2.2 História (Fases) do Direito Processual Civil: 17
☐ 1ª Fase: Sincretismo/Civilismo/Imanentismo/Praxismo: 17
☐ 2ª fase: Processualismo/Autonomismo/Fase Científica: 18
☐ 3ª fase: Instrumentalismo/Fase do Acesso à Justiça: 19
☐ 4ª Fase: Neoprocessualismo: 22
3 - Neoconstitucionalismo e Processo Civil 22
3.1 - O que é o Neoconstitucionalismo? 22
3.2 - Nove Repercussões do Neoconstitucionalismo no Processo Civil 28
3.2.1 - Transformações na teoria das fontes do direito 29
3.2.2 - Transformações na hermenêutica jurídica 33
3.2.3 - Relação entre processo e direito constitucional 34
3 - Fontes 41
3.1 - Conceito 41
3.2 - Classificação 42
3.3 - Competência para criação do Direito Processual Civil 49
3.4 – Medida Provisória no Direito Processual Civil 51
3.5 - Interpretação do Direito Processual Civil 52
3.6 - Integração da Lei Processual: 58
3.7 - Lei Processual Civil no Espaço 58
3.8 - Lei Processual Civil no Tempo 61
4 –Novo Código de Processo Civil: História e Exposição de Motivos 71
4.1 - História do Novo Código de Processo Civil 71
4.1.1 - Breve relance histórico até os dias atuais 71
4.1.2 - Novo Código de Processo Civil 71

4.2 - Exposição de Motivos do Novo CPC 75
4.2.1 - Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal.....77
4.2.2 - Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa.....79
4.2.3 - Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal.....82
4.2.4 - Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado 82
4.2.5 - Finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.....83
5 – Princípios do Direito Processual Civil..... 83
5.1 - Conceito 83
5.2 - Princípios do Direito Processual Civil 85
5.2.1 - Princípio do Devido Processo Legal.....85
5.2.2 - Princípio do Contraditório:.....88
5.2.3 - Princípio da Ampla Defesa.....94
5.2.4 - Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à ordem jurídica justa ou Ubiquidade.....96
5.2.5 - Princípio da Duração Razoável do Processo.....101
5.2.6 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....103
5.2.7 - Princípio da Isonomia.....107
5.2.8 – Princípio da Cooperação.....111
5.2.9 - Princípio da publicidade.....116
5.2.10 - Princípio da motivação das decisões judiciais.....118
5.2.11 - Princípio da Primazia da decisão de mérito.....122
5.2.12 - Princípio da Boa-fé.....127
5.2.13 - Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança.....130
6 - Questões 133
6.1 - Questões Discursivas 133
7 - Destaques da Legislação e da Jurisprudência 145
8 – Resumo..... 148
Conceito 148
Neoconstitucionalismo 148
Neoprocessualismo 148
Fontes..... 149
Exposição de Motivos (5 objetivos)..... 149

Princípios de Direito Processual Civil 149
9 - Considerações Finais 153

APRESENTAÇÃO DO CURSO

Direito Processual Civil para Concurso

Iniciamos o nosso **Curso Direito Processual Civil para Procurador do Município do Rio de Janeiro**, o concurso da década, voltado para **englobar absolutamente TODO o conteúdo necessário para ser aprovado nesse certame que, sem dúvida alguma, será difícil**.

O regulamento do concurso foi publicado, com o programa completo das disciplinas, bem como os nomes dos membros das bancas de cada matéria[1].

Direito Processual Civil ficou assim:

> Alexandre Nery Brandão – Procurador do Município – Presidente;
>
> Alexandre Freitas Câmara – Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro;
>
> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes – Desembargador Federal – Tribunal Regional Federal da 2ª Região;
>
> Eduardo de Oliveira Gouvêa – Procurador do Município;
>
> Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Promotor de Justiça;
>
> Leonardo Greco – Advogado.

Como o certame da PGM-RJ é peculiar, com provas discursivas já na 1ª fase, o estratégia resolveu adaptar perfeitamente o modelo do curso às necessidades do concurso.

Nesse sentido, para vocês que adquiriram o pacote novo da PGM-RJ, terão direito não apenas ao conteúdo teórico, mas também a **livros digitais especialmente direcionados a resolução de questões discursivas[2]**.

Ainda, terão aulas em vídeo bem direcionadas à PGM-RJ. No meu caso, irei destiná-las a **comentar temas de predileção dos examinadores**.

Desse modo, não faltará nada para vocês.

Pois bem. Sigamos!

Sabemos que, com a entrada em vigor em 18/03/2016 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), a tendência das bancas examinadoras é cobrar, inicialmente, as novidades *legislativas* implantadas por esse novo Código

[1] https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/concurso-pgm-rj/

[2] **Desse modo, as aulas não terão questões objetivas ao final, pois as questões discursivas serão abordadas em pdf´s à parte. Não deixarei, porém, de colocar algumas questões objetivas no corpo do texto, porquanto elas servirão para fixar o conteúdo**.

(Exs: IRDR, IAC, alteração na sistemática dos honorários – art. 85, CPC etc.) e, paulatinamente, as discussões *doutrinárias* e entendimentos *jurisprudenciais* a respeito das referidas inovações.

Todavia, mesmo com a ênfase inicial na lei seca, já vemos cobranças pontuais acerca da *Jurisprudência* (Exs: 7 Enunciados Administrativos do STJ interpretando o art. 1.045, CPC; cancelamento do enunciado n. 418 da súmula do STJ e criação do enunciado 579 etc.), bem como da *Doutrina* (Exs: permanência ou não da categoria condições da ação, entendimentos sobre negócio jurídico processual, enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, enunciados da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF etc.).

Vejam o que anda caindo:

(FGV- MPERJ - 2016)

São condições para o regular exercício da ação:

a) legitimidade *ad causam* e demanda regularmente formulada;

b) interesse de agir e competência do juízo;

c) legitimidade *ad processum* e possibilidade jurídica do pedido;

d) possibilidade jurídica do pedido e competência do juízo;

e) legitimidade *ad causam* e interesse de agir.

Comentários: A assertiva E está correta. Embora haja doutrina minoritária defendendo a extinção da categoria condições da ação (ex: Fredie Didier), o entendimento majoritário é pela sua manutenção (ex: Humberto Theodoro Jr., Daniel Assumpção).

(TRF4/2016 – Juiz Federal Substituto)

Dadas as assertivas abaixo, assinale a alternativa correta. Considerando as regras do Código de Processo Civil de **2015**:

I. As condições da ação *não estão previstas no Código*, o que impede o indeferimento da petição inicial por ilegitimidade para a causa ou falta de interesse processual.

Comentários: Assertiva incorreta, pois as condições da ação estão previstas no CPC, mais precisamente nos artigos 17 e 485, VI.

(TJSP/2017 adaptada) Com base na jurisprudência do STJ e o Novo CPC, com relação a honorários advocatícios, é correto dizer que:

(A) são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.

(B) os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em ação própria.

(C) os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem exclusão da legitimidade da própria parte.

(D) arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir da sentença.

Comentários:

A alternativa A reproduz a súmula 345 do STJ e, portanto, está correta.

A alternativa B afronta a súmula 453 do STJ, que diz que os honorários não podem ser cobrados quando omitidos em decisão transitada em julgado. Porém, tal súmula foi *superada*, tendo em vista o art. 85, § 18, CPC, que permite a cobrança em ação autônoma. Assim, a alternativa "b" também está incorreta, conforme o novo CPC.

A alternativa B reproduz a súmula 306, STJ. Contudo, tal enunciado está *superado*, tendo em vista o art. 85, § 14, CPC. Assim, está incorreta.

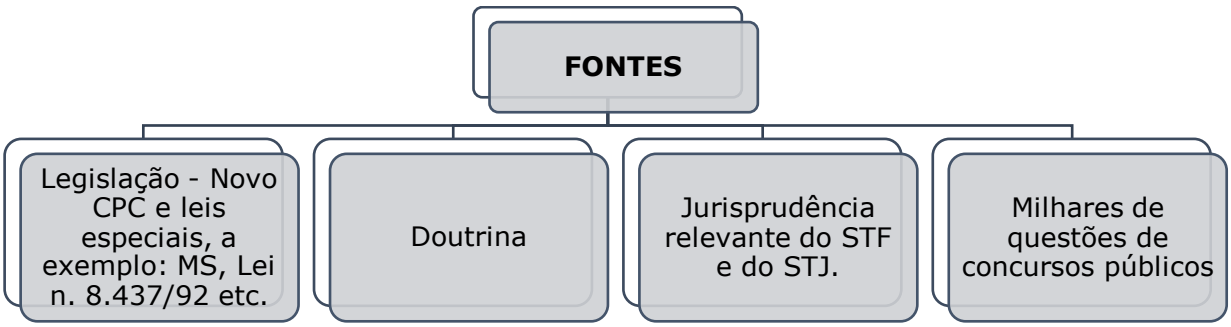
A alternativa D afronta a súmula 14 do STJ que diz: "Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo **ajuizamento**". Alternativa incorreta.

Diante disso, elaboraremos este curso com base em dados estatísticos do que vem sendo mais cobrado, das tendências das bancas examinadoras, sempre com base nos quatro pilares de estudo: Legislação; Jurisprudência; Doutrina e Questões (no caso da PGM-RJ, questões discursivas em aulas à parte).

Confira, a seguir, com mais detalhes, a nossa metodologia.

Metodologia do Curso

As aulas levarão em consideração as seguintes "fontes", ou seja, os matizes a partir dos quais os nossos materiais são estruturados:



Vistos alguns aspectos gerais da matéria, teçamos algumas considerações acerca da **metodologia de estudo**.

As aulas em *pdf* têm por característica essencial a **didática** e a **completude**. Certo é que temos doutrina especializada na matéria de enorme relevância (Min. Luiz Fux, Teresa Wambier, Humberto Theodoro Jr., Nelson Nery, Marinoni, Arenhart, Mitidiero, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Dierle Nunes, Cássio Scarpinella Bueno, Daniel Assumpção, Elpídio Donizetti etc.) e, alguns deles, escrevem voltados para concursos (Daniel Assumpção, Maurício Cunha, Mozart Borba etc.), mas percebemos a necessidade de compilarmos as informações essenciais tratadas nesses manuais e que estão sendo cobradas nos concursos em um único material, caderno este de leitura de fácil compreensão e assimilação.

Isso, contudo, não significa superficialidade. Sempre que necessário e importante, os assuntos serão aprofundados. A didática, entretanto, será fundamental para que, diante do contingente de disciplinas, do trabalho, dos problemas e questões pessoais de cada aluno, possamos extrair o máximo de informações para a hora da prova.

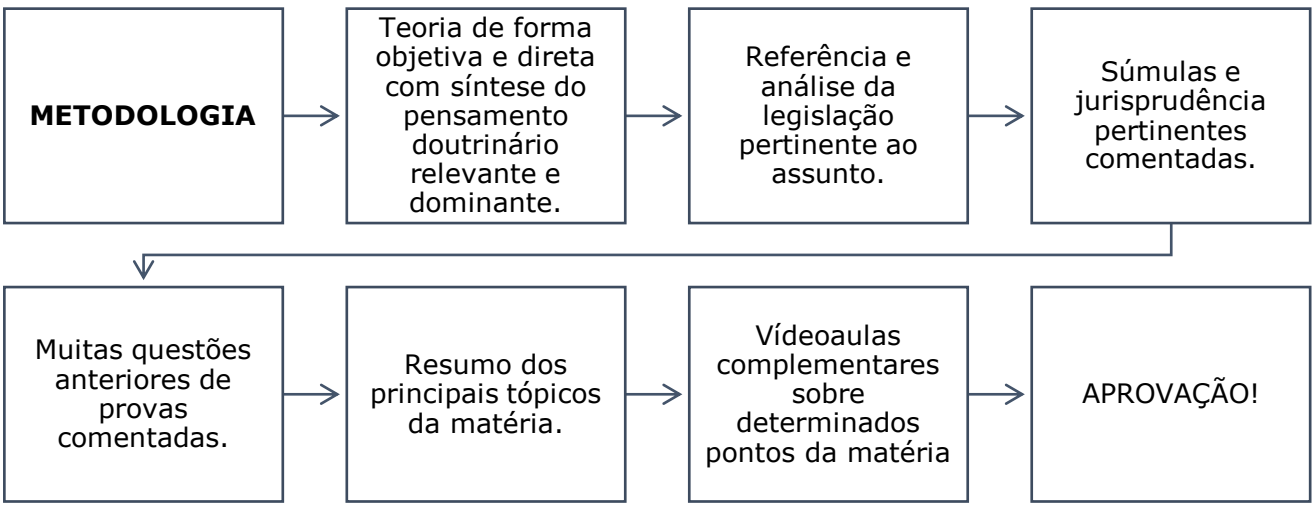
Para tanto, o material será permeado de **esquemas**, **gráficos informativos**, **resumos**, **figuras**, tudo com a pretensão de "chamar a atenção" para as informações que realmente importam.

Com essa estrutura e proposta pretendemos conferir segurança e tranquilidade para uma **preparação completa, sem a necessidade de recurso a outros materiais didáticos**.

Finalmente, destaco que um dos instrumentos mais relevantes para o estudo em *.pdf* é o **contato direto e pessoal com o Professor**. Além do nosso **fórum de dúvidas**, estamos disponíveis por **e-mail** e, eventualmente, pelo ***Facebook***. Aluno nosso não vai para a prova com dúvida! Por vezes, ao ler o material surgem incompreensões, dúvidas, curiosidades, nesses casos basta acessar o computador e nos escrever. Assim que possível, responderemos a todas as dúvidas. É notável a evolução dos alunos que levam a sério essa metodologia.

Teremos também videoaulas! Essas aulas destinam-se a complementar a preparação quando estiver cansado do estudo ativo (leitura e resolução de questões), ou até mesmo para fazer a revisão. Você disporá de um conjunto de vídeos para assistir como quiser, podendo assistir *on-line* ou baixar os arquivos. Com outra didática, você disporá de um conteúdo complementar para a sua preparação. Ao contrário do PDF, evidentemente, **AS VIDEOAULAS NÃO ATENDEM A TODOS OS PONTOS QUE VAMOS ANALISAR NOS PDFS, NOSSOS MANUAIS ELETRÔNICOS**. **Por vezes, haverá aulas com vários vídeos; outras que terão videoaulas apenas em parte do conteúdo; e outras, ainda, que não conterão vídeos. Nosso foco é, sempre, o estudo ativo! Evidentemente, os pontos mais importantes também constarão dos vídeos.**

Assim, cada aula será estruturada do seguinte modo:



Apresentação Pessoal

Meu nome é Rodrigo Vaslin Diniz e sou Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), ocasião em que recebi a láurea acadêmica como melhor aluno (Prêmio Barão do Rio Branco), também sou pós-graduando em Direito

Processual Civil. Antes do TRF 4ª Região, fui servidor do TRT 3ª Região, ocupei um cargo em comissão no MPF e fui Juiz Federal Substituto do TRF 1ª Região.

Ainda na faculdade, cheguei a fazer alguns concursos. Desde que me formei, em agosto de 2013, me dediquei seriamente aos certames e, na maioria deles, fui reprovado. Em cada reprovação, fazia um exame frio de onde tinha errado e consertava meu método. Assim, consegui aprimorar meu estudo e meus resultados, alcançando êxito nos 13 certames descritos abaixo:

1 - Técnico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2009);

2 - Técnico do Ministério da Fazenda (2009);

3 - Técnico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2011);

4 - Analista do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (2013);

5 - Analista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2015);

6 - Advogado da Copasa (2014);

7 - Advogado da Telebrás (2015);

8 - Defensor Público de Minas Gerais (2014/2015);

9 - Defensor Público Federal (2014/2015);

10 - Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2015/2016);

11- Procurador do Estado do Mato Grosso (2016);

12 - Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2015/2016);

13 - Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2016/2017).

Ainda, cheguei a uma prova oral do TJPB (1º lugar), mas minha inscrição definitiva foi indeferida, pois não tinha três anos de atividade jurídica.

De todo meu estudo, entendo que os quatro pilares de concursos públicos, em geral, são:

a) **Caderno completo**: Tenham a certeza de que, com este curso, o item "a" estará preenchido;
b) **Lei seca**: neste item, sugiro a leitura do pdf com o código ao lado, fazendo os destaques necessários. Ainda, quando cansados da leitura, podem fazer outras coisas, mas sempre ouvindo áudios da Constituição, Leis, Súmulas etc. Costumava me gravar lendo as leis e súmulas para depois ouvir, mas nesse ponto, mais uma vez, o Estratégia está com você! No nosso site, você já encontra legislação em áudio[3]. Basta baixar e ouvir!
c) **Jurisprudência**: Mais que indicada, é exigida a leitura dos Informativos do STF e STJ. Podem lê-los diretamente no *site* dos Tribunais, ou em outros *sites* que os comentam.

[3] https://www.estrategiaconcursos.com.br/audiobooks/

d) **Resolução de questões**: Nada dos três itens acima adiantará se não fizerem milhares de questões. Existem livros e *sites* exclusivamente dedicados a compilar questões de bancas e de determinados cargos, mas no nosso curso você já se deparará com centenas de questões.

Além dos 4 itens acima, quando pretendia focar para alguma prova específica, me dedicava em três frentes:

- ✓ Resolução das últimas provas daquele cargo nos últimos 3 ou 4 anos;
- ✓ Resolução das últimas provas daquela banca nos últimos 2 anos;
- ✓ Duas semanas antes: revisão da jurisprudência e muita lei seca.

Mas como devo distribuir meu tempo, professor?

Isso vai de cada um. Como não tenho aptidão para ser *coaching*, além do fato de tal atividade ser vedada aos magistrados (Res. 226/2016, CNJ), posso apenas dizer como eu estudava.

Ao contrário do que muita gente faz, preferia resolver as questões **antes** de ler a matéria no caderno. Isso para ter uma compreensão de quão ruim eu estava. Além disso, já podia notar quais pontos eram mais cobrados nas provas e, durante a leitura do caderno, já sublinhava e lia com mais atenção os respectivos assuntos.

Durante a leitura do caderno, grifava-o, bem como acompanhava o raciocínio sempre com o código ao lado, fazendo as referências aos artigos similares, correlatos, complementares, etc. Se o caderno não respondesse todas as questões que tinha feito, ou se sentia que, naquela parte, o caderno não estava completo, aí sim buscava subsídio nos Manuais.

No fim do dia, verificava os sites dos tribunais superiores e *sites* especializados para ler os comentários às súmulas e aos informativos publicados. Há quem prefira separar o Domingo para se atualizar com a Jurisprudência.

Portanto, 15% do meu tempo era para resolução de questões, 65% para leitura do caderno e 20% com Jurisprudência. Quando descansava, também ouvia a gravação dos áudios. Nos finais de semana, descansava entre 17h do Sábado e 17h do Domingo. No Domingo à noite, ainda lia alguma coisa, de forma mais relaxada.

Ainda, separava um tempo para revisão. Alguns indicam a revisão dos pontos grifados 24h depois de lido; 48h depois; 1 semana depois e, por fim, de 30 em 30 dias. É preciso ter uma agenda para marcar todas essas revisões.

O benefício deste curso é, justamente, eliminar a necessidade de o estudante procurar o conhecimento em diversas fontes. O PDF abarcará **TUDO** o que precisam saber sobre Processo Civil.

Deixarei abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Terei o prazer em orientá-los e conversar sobre o Processo Civil. Vamos juntos nessa jornada?



E-mail: rodrigovaslin@gmail.com
Instagram:@rodrigovaslin

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1 - Considerações Iniciais

Para iniciar os estudos no Processo Civil, é preciso, primeiro, visualizar a divisão do próprio código, comparado com o Código de 1973.

CPC 1973	CPC 2015 (entrou em vigor 18/03/2016 – Enunciado Administrativo n. 1, STJ)
Livro I: Do Processo de Conhecimento (arts. 1º ao 565); Livro II – Do Processo de Execução (arts. 566 ao 795); Livro III – Do Processo Cautelar (arts. 796 ao 889); Livro IV – Procedimentos Especiais (arts. 890 ao 1.210); Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.211 ao 1.220).	**Parte geral:** Livro I – Das Normas Processuais (arts. 1º ao 15); Livro II – Da Função Jurisdicional (arts. 16 ao 69); Livro III – Dos Sujeitos do Processo (arts. 70 ao 187); Livro IV – Dos Atos Processuais (arts. 188 ao 293) Livro V – Da Tutela Provisória (arts. 294 ao 311) Livro VI – Da Formação, Suspensão e Extinção do Processo (arts. 312 ao 317); **Parte Especial:** Livro I: Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença (arts. 318 ao 770); Livro II: Do Processo de Execução (arts. 771 ao 925); Livro III: Do Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais (arts. 926 ao 1.044); Livro Complementar: Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.045 a 1.072).

O CPC/2015 ficou muito mais didático, dividido em Parte Geral e Parte Especial, com os Livros, Títulos e Capítulos mais bem organizados.

Contudo, antes de adentrar no estudo pormenorizado de todo o Código, é necessário fazer uma Introdução.

Isso porque partiremos da premissa que, para compreender o Processo Civil, é necessário o estudo prévio de sua correlação com a Teoria Geral do Direito e com o Direito Constitucional, em um estudo interdisciplinar[4].

Assim, iremos tratar, primeiramente, do **Conceito**, da **História** do Direito Processual Civil e sua **correlação** com os dois itens acima elencados, gerando o fenômeno do **Neoprocessualismo**.

[4] É o que fazem os Cursos de Fredie Didier Jr. e Marinoni, Arendhart e Mitidiero.

Depois, abordaremos as **Fontes** da disciplina e entraremos no estudo do novo Código, passando pela **História de sua criação** e, sobretudo, pela **Exposição de Motivos**, destacando os 5 objetivos dos legisladores quando da elaboração de seu texto legal. Por fim, abordaremos os **Princípios** mais importantes da disciplina.

Em termos de estrutura, a aula será composta dos seguintes capítulos:

Conceito e História do Direito Processual Civil	Neoconstitucionalismo e Processo Civil	Fontes de Direito Processual Civil	História do Novo CPC e Exposição de Motivos	Princípios

Mas Professor, esses temas caem em prova? Sim, quem já tinha conhecimento, por exemplo, da **Exposição de Motivos**, saiu na frente:

CESPE – DPU/2017: Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado democrático de direito. Se é ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil/2015**, p. 248-53. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 22.ª ed. São Paulo, 2016 (com adaptações).

Tendo o texto precedente como referência inicial, julgue os itens a seguir à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca das normas fundamentais do processo civil.

32 Para garantir os pressupostos mencionados em sua exposição de motivos, o CPC estabelece, de forma exaustiva, as normas fundamentais do processo civil.

Comentários: Alternativa incorreta. Conforme veremos, a exposição de motivos é expressa em afirmar que o rol das normas fundamentais (arts. 1º ao 12, CPC) é exemplificativo e não taxativo (ou exaustivo).

33 Voltado para a concepção democrática atual do processo justo, o CPC promoveu a evolução do contraditório, que passou a ser considerado efetivo apenas quando vai além da simples possibilidade formal de oitiva das partes.

Comentários: Alternativa correta. Tanto na Exposição de Motivos, quanto nos artigos iniciais do NCPC (arts. 6º, 9º, 10), é possível vislumbrar a consagração do contraditório **substancial**, não mais formado apenas pelo binômio ciência + reação (contraditório **formal**), mas sim pelo trinômio ciência + reação + poder de influenciar as decisões do juiz.

34 Apesar de o CPC garantir às partes a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito, esse direito já existia no ordenamento jurídico brasileiro até mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Comentários: Alternativa correta. A duração razoável do processo já era prevista no art. 8. 1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), convenção promulgada pelo Brasil em 1992. Antes dessa data, a duração razoável do processo era decorrência do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Sempre digo que o conhecimento dessa parte inicial (com a leitura da exposição de motivos) é fundamental para a compreensão da matéria. Ao sedimentar a parte introdutória, vocês lerão o CPC sempre fazendo correlação dos institutos lidos com a razão pela qual eles foram criados. Como exemplo, podemos citar:

Ex1: Mire e veja...esses artigos iniciais do CPC (arts. 1º ao 12) concretizam o fenômeno da constitucionalização releitura e o objetivo número 1 da Exposição de Motivos (promover sintonia fina do CPC com a Constituição).

Ex2: Opa, a ênfase ao sistema multiportas e a previsão do *amicus curiae* (art. 138) simbolizam o objetivo n. 2 da Exposição de Motivos (criar condições para o juiz decidir de forma mais rente à realidade).

Ex3: Olhe, a concentração das possíveis defesas na contestação (art. 337 – incompetência, impugnação ao valor da causa, impugnação à justiça gratuita etc.) promove o objetivo 3 (Simplificar, reduzindo complexidades).

Ex4: Realmente, a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais – art. 503, § 1º sobreleva o objetivo n. 4 (dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado).

Percebam que, ao compreenderem a finalidade dos legisladores, torna-se bem mais fácil interpretar, aplicar e memorizar o Novo Código de Processo Civil.

De início, já aponto os principais temas que irão **despencar** nas provas: modelo constitucional do Processo Civil (art. 1º); sistema multiportas (art. 3º); primazia do julgamento de mérito (art. 4º); princípio da boa-fé objetiva (art. 5º); cooperação (art. 6º); proibição de decisão surpresa (arts. 9º e 10), ordem cronológica (art. 12) honorários advocatícios (art. 85); justiça gratuita (art. 98); intervenção de terceiro (retirada da nomeação à autoria e oposição e inclusão do *amicus curiae* e desconsideração da personalidade jurídica); funções essenciais à justiça (Defensoria, MP, Advocacia pública e privada); atos processuais (dias úteis, sistema eletrônico, efeitos da citação) negócio jurídico processual (art. 190); novas hipóteses de impedimento (art. 144, VII e VIII), suspeição (art. 145 I – amizade íntima com advogado); tutela provisória (art. 294ss), que se subdivide em tutela de urgência (antecipada ou cautelar) e evidência; audiência prévia de conciliação e mediação (art. 334); julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356); carga dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º); novos limites da coisa julgada (art. 503, § 1º); cumprimento de sentença contra Fazenda Pública (art. 534); protesto (art. 517), coisa jugada inconstitucional (art. 525, §§ 12 ao 15); exceções à impenhorabilidade (art. 833, §2º); prescrição intercorrente (art. 921); recursos (prazo, agravo de instrumento - art. 1.015, extinção dos embargos infringentes); combate à jurisprudência defensiva, microssistema de causas repetitivas (IRDR e recursos repetitivos), IAC (art. 947), precedentes obrigatórios (art. 927), etc.

Vamos aprender tudo sobre esses assuntos?

Boa aula a todos!

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE: Valorize o trabalho de nossa equipe adquirindo os cursos através do site Estratégia Concursos.

2 – Conceito e História do Direito Processual Civil

2.1 Conceito

Advém de *Ulpiano* a clássica divisão do Direito entre os ramos público e privado.

Em uma separação mais simples e direta, é comum dizer que o direito privado, composto predominantemente Direito Civil e Direito Empresarial, tem como principais características a *livre manifestação de vontade*, *igualdade entre as partes*, *liberdade contratual* e a *disponibilidade dos interesses*. Já o Direito Público se caracterizaria pela regência dos princípios da *indisponibilidade do interesse público* e pela *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*. Fariam parte do Direito Público, pois, o Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Tributário, Processo Penal e Processo Civil.

Contudo, aprofundando o conhecimento, iremos citar três critérios que costumam ser mais utilizados para separar tais ramos:



✓ **1º critério** - **interesse**[5]: Enquanto o direito público diz respeito às coisas públicas do Estado, o direito privado se refere à utilidade dos indivíduos. São adeptos dessa corrente Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Bandeira de Mello e Pontes de Miranda. Este último explica[6], de forma didática, que *"o direito privado cuida dos indivíduos e suas relações; porém, quando o interesse geral passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de poder dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses"*.

↳ Crítica: Pietro Perlingieri diz ser difícil individualizar um interesse privado que seja completamente autônomo em relação ao interesse público. Ex: Direito de Família é regido pelo direito privado, mas possui indiscutivelmente um interesse público. Em nossa Constituição, basta verificar o art. 226, *caput*, que diz *"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".* Tércio Sampaio também tece críticas, aduzindo que essa noção perde nitidez em face de certos interesses particulares e não obstante sociais, como é a proteção dos direitos trabalhistas[7].

✓ **2º critério** – **sujeito**: É a natureza dos sujeitos que delimita se se trata de direito público ou privado. Assim, se a relação jurídica tem o Estado como parte, será aplicado o direito público. Em se tratando de relações entre sujeitos privados, incidirá o direito privado. É a posição de Pimenta Bueno e Agustín Gordillo.

---

[5] Deriva da famosa frase de Ulpiano "*Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad Tum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*."
[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**, t. I, p. 72.
[7] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 6ª Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

- Crítica: Há relações jurídicas em que a Administração se submete ao direito privado, a exemplo de um contrato de locação entre um ente público e um particular, sujeito ao regime jurídico de direito privado. Os senhores estudam em Administrativo que os **atos da administração** compõem um gênero, do qual são espécies: **i-** atos administrativos, sujeitos ao regime jurídico administrativo; **ii-** atos privados, sujeitos ao regime jurídico de direito privado (ex: contrato de locação); **iii-** atos políticos; **iv** – atos de mera execução etc.

✓ **3º critério** – **subordinação:** Nas relações de direito público há a presença do *poder público de autoridade, o jus imperii* do Estado. Quando a relação jurídica for de paridade, de igualdade, está-se diante do direito privado.

- Crítica: No Estado Democrático de Direito, não se reconhece uma superioridade do Estado sobre seus "súditos". No Direito Brasileiro, já vemos uma relativização do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado[8], bem como criação de mitigações à indisponibilidade do interesse público[9], duas pedras de toque do Direito Administrativo.



Percebe-se, portanto, que não há consenso sobre qual critério seja o melhor[10]. Desse modo, adverte-se que, mesmo com todas as críticas, se houver perguntas em provas[11], é interessante discorrer sobre esses três critérios mais utilizados, bem como sobre a crítica doutrinária que há sobre cada qual.

De todo modo, utilizaremos tal divisão para fins didáticos. Dito isso, assegura-se que o **Direito Processual Civil é o ramo do direito público**, porquanto **regulamenta** uma das três funções do Estado, qual seja, a **função jurisdicional**. Tais características o colocam como ramo do direito público em qualquer critério que se adote, seja do interesse (a função jurisdicional, como decorrência da própria soberania, é de interesse público); seja do sujeito (Estado-

---

[8] Vide livro organizado por Daniel Sarmento cujo título é: **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. A doutrina sustenta a inexistência de supremacia abstrata do interesse público sobre o privado, exigindo ponderação de interesses para resolver eventuais conflitos.

[9] Exemplos de mitigações: 1) no rito dos Juizados Especiais Federais, os representantes da Fazenda Pública são autorizados a conciliar e transigir sobre os interesses discutidos na demanda (art. 10, parágrafo único, da Lei 11.029/2001); 2) passou a ser permitida a utilização de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos contratos de concessão de serviço público e nas parcerias público-privadas (arts. 23-A da Lei 8.987/95 e 11, III, da Lei 11.079/2004), contratos *built to suit* (art. 44-A, Lei 12.462/11); 3) a lei de arbitragem, reformada pela lei 13.129/2015 passou a permitir a arbitragem para a Administração Pública de forma mais aberta; 4) A Lei n. 13.140/2015 (Mediação) passou a permitir a mediação e conciliação na Administração em diversas hipóteses.

[10] MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**, p. 468

[11] Já foi objeto de questionamento em prova oral do TRF 1ª Região acerca da crítica que se faz ao princípio da superioridade do interesse público sobre o particular.

Juiz figura na relação jurídica processual) ou ainda sob o critério da subordinação (a jurisdição é inafastável, inderrogável e imperativa).

Mas qual é o seu **conceito**?

A doutrina, tanto nacional como estrangeira, diverge ao conceituar o Direito Processual. Como prova disso, transcreveremos trechos de diversos autores:

> Vicente Greco Filho: O direito processual civil é o *ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de regras e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da* ação *e o processo, em face de uma pretensão civil, entendida esta como toda aquela cuja decisão esteja fora da atuação da jurisdição penal, penal militar, do trabalho e eleitoral*[12].
>
> Ada Pellegrini, Antônio Cintra, Cândido Rangel: *É complexo de normas e princípios que regem o exercício conjunto da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.*
>
> Alexandre Freitas: *ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional*[13].
>
> Echandía: *É o ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para obter atuação do direito positivo no caso concreto.*
>
> Cassio Scarpinella: *ramo do direito que se volta a estudar a forma de o Poder Judiciário (Estado-juiz) exercer a sua atividade-fim, isto é, prestar a tutela jurisdicional a partir do conflito de interesse (potencial ou já existente) que exista entre duas ou mais pessoas.*
>
> ↳ Esse autor faz ainda um complemento, asseverando que este ramo vai mais longe, abrangendo *estudo de outros meios alternativos de resolução de conflitos.*

De todas as formulações, pode-se extrair que o conceito de processo se correlaciona diretamente com o modo de exercer a **função jurisdicional** (uma das três funções do Estado).

Mas professor, se a **jurisdição** é o elemento mais importante do conceito, não deveria se chamar Direito Jurisdicional e não Direito Processual?

De fato, alguns autores pensaram nisso e propuseram a nomeação da disciplina como Direito Jurisdicional, como o espanhol Juan Monteiro Arouca. Outros, como João Mendes de Almeida Júnior preferiam Direito Judiciário. Contudo, o mais comum é chamá-lo de Direito Processual.

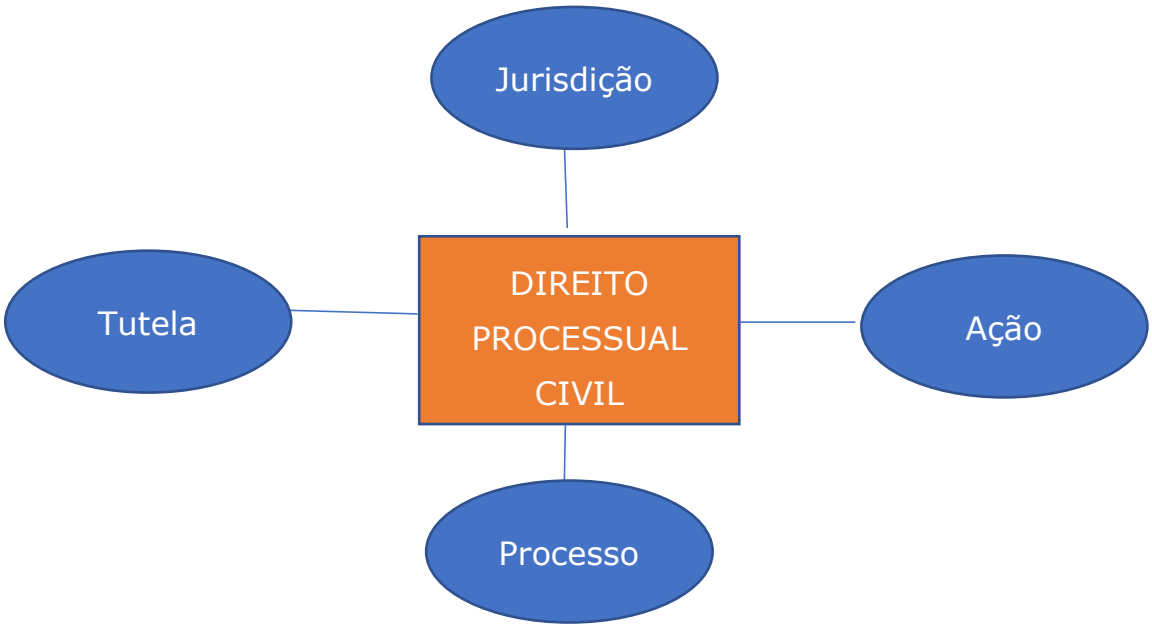
Como diz Alexandre Freitas Câmara, em time que está ganhando não se mexe. Portanto, trabalharemos com essa nomenclatura, **Direito Processual Civil**.

---

[12] **Direito Processual Civil Brasileiro**, Vol. 1, 19ª edição, Saraiva: São Paulo, 2009, p. 66.
[13] CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 20ª Ed. Lumenjuris: Rio de Janeiro, 2010, p. 5.

Ultrapassado esse ponto, resta saber o que se deve estudar em Direito Processual Civil.

- ✓ **1ª corrente**: É usual dizer que o objeto de estudo da nossa disciplina constitui um tripé, formado pela **Jurisdição**, pela **Ação** e pelo **Processo**. Alexandre Câmara, fazendo menção à famosa trilogia do Direito Processual Civil diz: "*Sem a explicação prévia da jurisdição, não se pode compreender a ação. E sem a compreensão perfeita desses dois conceitos, é ilusória a tentativa de entender o que é o processo*".
- ✓ **2ª corrente:** Aduzem os adeptos de tal corrente que o ponto fulcral de estudo da nossa disciplina, atualmente, é a ***efetividade*** do processo. Assim, o novo polo metodológico em volta do qual o processo passou a orbitar é a **tutela jurisdicional**, principalmente pela influência alemã e austríaca, uma vez que, tão importante quanto declarar ou constituir um direito é satisfazê-lo. Assim, esta corrente entende que os objetos principais de estudo da disciplina são **jurisdição**, **ação**, **processo** e **tutela**.



Em **Jurisdição**, estudamos seu conceito, características, princípios, espécies e competência; em **Ação**, estudamos, prioritariamente, as teorias sobre ação, as condições da ação (que, para corrente majoritária, continua a existir no NCPC); em **Processo**, estudamos as teorias sobre processo, os pressupostos processuais e todo o procedimento. No quarto eixo, estudamos as mais diversas classificações de **tutela,** tais como quanto à pretensão (cognitiva ou executiva), quanto à satisfatividade (específica ou equivalente), quanto ao meio de prestação (comum ou diferenciada), quanto ao momento (preventiva ou repressiva), quanto à definitividade (definitiva ou provisória) etc.

Consoante Cássio Scarpinella, esse enfoque **não só na *juris-dição***, mas **também na *juris-satisfação***, é a tônica do novo Código, consagrada no art. 4º do CPC.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

RESUMINDO

Como conclusão deste tópico, podemos conceituar o Direito Processual Civil como o ***ramo do direito público consistente no conjunto de normas (regras e princípios) que regulam a função jurisdicional, o exercício da ação e o processo, com o fim de prestar a tutela devida em face de uma pretensão civil.***

MPE-BA/MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto – Anulada/2018

Não seria correto, sobre os princípios constitucionais do processo, fazermos a seguinte afirmação:

a) A moderna processualística tem como base o trinômio ação-jurisdição-processo, cujos aspectos são gerais e incidentes sobre todas as formas de prestação jurisdicional, desde o processo de conhecimento ao de execução.

Comentários: Alternativa correta. Vejam que as questões ainda cobram aquele trinômio clássico (jurisdição, processo e ação).

MPE-BA/MPE-BA – Promotor de Justiça Substiuto – Anulada/2018

Sobre o Direito Processual Civil, não seria correto afirmar:

a) O Direito Processual Civil possui natureza de Direito público e possui inter-relacionamento com o Direito constitucional muito bem expresso no capítulo III, da Constituição Federal que trata do Poder Judiciário.

Comentários: Alternativa correta. Iremos ver essa interligação com o Direito Constitucional nos próximos tópicos.

2.2 História (Fases) do Direito Processual Civil:

Caríssimos alunos, sei que, para muitos, estudar a História de certo ramo do direito ou instituto não é das atividades mais legais. Mas verão o quão relevante e interessante ela é. Vamos juntos?!

A doutrina divide a história do Direito Processual Civil em 4 fases, quais sejam:

- ✓ **1ª Fase: Sincretismo/Civilismo/Imanentismo/Praxismo**:

Vigorou desde o Direito Romano até o século XIX, mais precisamente até 1868, quando *Oskar Von Bülow publicou sua obra* Teoria *das Exceções Processuais e Pressupostos Processuais*[14]*, dando início à 2ª Fase.*

Durante todos esses séculos, não havia autonomia didático-científica do Direito Processual Civil. Ele era concebido de uma forma entrelaçada, imanente, inerente ao Direito Material. O estudo do processo era o estudo da prática forense, daí surgir a designação *praxismo*.

Crítica: Deve sim haver autonomia do Direito Processual Civil, até porque há casos em que se utiliza o Processo Civil sem mesmo valer-se do Direito Material. Como exemplo atual disso, cita-se o caso de extinção de processo sem

[14] No Alemão: *Die Lehre von den Processereden und die Processvoraussetzungen.*

resolução do mérito, por falta das condições da ação (legitimidade ou interesse), consoante art. 485, IV, CPC.

Para fins históricos, interessante destacar brevíssimos aspectos peculiares do Direito Romano e do Direito Medieval. Salienta Marcus Vinícius Rios Gonçalves[15]:

> Podem-se distinguir três fases no Direito Processual Civil Romano: o período das legis actiones, em que o direito era predominantemente oral e o direito substancial era criação pretoriana; período formulário, em que o direito passou a ter uma base escrita, embora continuasse em boa parte oral; período da extraordinária cognitio, em que o direito era predominantemente escrito, no qual surgiram princípios e regras que tratavam do exercício da jurisdição e da formação do processo, desde o seu início até a sentença.
>
> No período medieval, com a queda do império e as invasões bárbaras, o direito desenvolvido pelos romanos sofreu impacto de uma cultura muito inferior, que utilizava métodos diferentes. Havia utilização de superstições, ritos sacramentais e ordálias. No direito bárbaro, o juiz não decidia com base em sua convicção, mas no resultado mecânico da soma dos valores das provas (sistema da prova legal ou tarifada).

✓ **2ª fase: Processualismo/Autonomismo/Fase Científica**:

Iniciada em 1868, quando *Oskar Von Bülow* publicou sua obra, percebeu-se o processo como uma relação jurídica autônoma, mais precisamente uma relação jurídica triangular, formada pelas partes e pelo Estado-Juiz. Direito material e processual desuniram-se, passando este a ser estudado como ciência autônoma.

Crítica: Embora tenha havido grandes avanços na matéria decorrentes dessa separação, a crítica que se faz é que o Processo Civil se tornou extremamente formalista, não promovendo o devido acesso à justiça, já que, por vezes, utilizava-se de institutos processuais para não apreciar o pedido das partes, esquecendo-se de sua finalidade primordial de ser um instrumento para a realização do Direito material, para uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 4º, CPC).

Nesta fase foram criados o **CPC/1939** e **CPC/1973**. As reformas implantadas neste último Código, nas décadas seguintes, já se enquadram na 3ª fase, chamada fase do instrumentalismo processual.

MPE-MS/MPE-MS – Promotor de Justiça Substituto/2018 - Analise as proposições a seguir sobre a natureza jurídica do processo. I. A obra de Oskar Von Bülow foi um marco definitivo para o processo, pois estabeleceu o rompimento do direito material com o direito processual e a consequente independência das relações jurídicas que se estabelecem nessas duas dimensões, passando o processo a ser visto como uma relação jurídica de natureza pública que estabelece entre as partes e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais.

Comentários: Alternativa correta.

[15] GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

✓ **3ª fase: Instrumentalismo/Fase do Acesso à Justiça**:

Consagrada no pós 2ª Guerra Mundial, a partir da década de 1950, não buscou negar a fase anterior, mas sim promover reaproximação do Direito material com o Direito Processual, de modo que este, mantendo sua autonomia didático-científica (ainda visto como relação jurídica triangular), foi concebido como um instrumento para a realização do Direito Material. A relação entre esses dois polos é circular e complementar[16].

Como livro representativo dessa fase, temos a obra "Acesso à Justiça"[17], do italiano *Mauro Cappelletti* e norte-americano *Bryant Garth*, em que os autores analisam as deficiências de alguns sistemas jurídicos do ocidente e propõe uma reformulação do Processo pela **adoção de 3 ondas renovatórias**, quais sejam: **i) luta pela assistência judiciária (justiça aos pobres)**;**ii) representação dos interesses difusos (coletivização do processo)**; **iii) novo enfoque de acesso à justiça (efetividade do processo**). Vejamos uma a uma.

i) Justiça aos pobres (1ª onda): Na maioria dos países, os custos do processo são elevados. Aqui, por exemplo, as partes precisam pagar as custas iniciais, as provas (perícias, diligências, etc.), e ainda o preparo de recursos, o que afasta as classes mais pobres. Além da limitação econômica, também a falta de educação e cultura dificulta o acesso à justiça, uma vez que muitas pessoas desconhecem seus direitos e, portanto, nem sabem que tiveram algum direito violado.

Para solucionar tal problema, propôs-se a criação de hipóteses de gratuidade de justiça, bem como incentivos à assistência jurídica aos pobres[18].

- Exemplos no Brasil de concretização da 1ª onda: Podemos citar a Lei n. 1.060/1950[19], que estabelecia normas para gratuidade de justiça aos necessitados, bem como o reforço paulatino da Defensoria Pública,

---

[16] Pergunta de concurso: "*Explique a relação circular entre Direito Material e Processo*". **Resposta**: Após explicar as fases do Direito Processual Civil, seria interessante dizer que não há processo oco. O processo serve ao direito material ao mesmo tempo em que é servido por ele. Não há, portanto, relação de subordinação, mas sim de simbiose, complementaridade. Essa relação de complementaridade (cíclica) foi chamada por Carnelutti de **teoria circular dos planos do direito material e do direito processual**.

[17] Título original, traduzido, seria o seguinte: **Acesso à Justiça: O movimento mundial para tornar os direitos efetivos**. Foi publicado originalmente em 1978 e traduzido para o Português pela Ministra Ellen Gracie em 1988.

[18] Caiu em prova oral da DPE/MG (2015): Tecnicamente, deve-se diferenciar os conceitos de: a) **gratuidade de justiça** (arts. 82, 95, 98, 99, 169, 565, 968, 1.015, 1.021 e 1.026): refere-se à dispensa provisória do recolhimento de custas e despesas processuais e extraprocessuais; b) **assistência jurídica** (arts. 27, V e 186, § 3º): toda e qualquer atividade assistencial referente ao amparo prestado no campo jurídico – dentro ou fora de uma relação jurídico-processual, prestada, no âmbito particular, por advogados e, no âmbito público, exclusivamente pela Defensoria (art. Art. 134 c/c art. 4º, LC 80/94)*; c)* **assistência judiciária** (art. 26, II): se refere apenas aos meios necessários à defesa dos direitos do assistido em juízo, dentro de uma relação jurídica processual.

[19] Veremos que a Lei n. 1.060/50 foi quase que integralmente revogada pelo NCPC, havendo um aperfeiçoamento de alguns de seus institutos e correção de terminologias.

mormente pelas Emendas Constitucionais n. 45, 69, 74 e 80, instituição destinada a prestar assistência jurídica aos necessitados (art. 5º, LXXIV, c/c art. 134, CRFB).

ii) Coletivização do Processo (2ª onda): Na sociedade de risco[20], o avanço técnico-econômico promoveu o acesso de grande parte da população aos bens de consumo, mas também fez com que riscos sociais, políticos, econômicos e industriais tomassem proporções cada vez maiores. Os problemas se tornam cada vez mais massificados, abrangentes.

Essa coletivização se justifica por três motivos: i) existência de bens de titularidade indeterminada; ii) bens ou direitos individuais cuja tutela individual não seja economicamente aconselhável; iii) economia processual.

Diante desses problemas, percebeu-se[21] que *o critério de legitimidade do processo civil clássico*, bem como que as *regras da coisa julgada são insuficientes*, dado não serem compatíveis com os conflitos de massa e com a tutela dos direitos de titularidade indeterminada, porquanto voltados apenas para o processo de partes individualizadas. Para sanar tais entraves, elaborou-se, ao longo do tempo, os conceitos de legitimidade extraordinária (art. 18, CPC), bem como regras diferenciadas de coisa julgada (ex: coisa julgada *erga omnes, ultra partes* etc. – art. 103, CDC).

- Exemplos no Brasil de concretização da 2ª onda: Como exemplo de implantação dessa fase no Direito Brasileiro, poderíamos citar todo o microssistema da tutela coletiva, formada, em seu núcleo duro, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.072/90), e, em seu derredor, por diversas outras leis, tais como Lei 4717/65 – ação popular; Lei 6938/81 – política nacional do meio ambiente; Lei 7.513/86 – investidores dos mercados de valores mobiliários; Lei 7853/89 – pessoas portadoras de deficiência; Lei 8069/90 – ECA; Lei 8492/92 – improbidade administrativa; Lei 10471/03 – estatuto do idoso; Lei 10671/03 – estatuto do torcedor (equiparado a consumidor); Lei 12016 – MS, Lei 12846/13 – anticorrupção; Lei 13.300/16 - mandado de injunção.

iii) Efetividade do processo (3ª onda): Na terceira onda, intitulada de "enfoque de acesso à justiça", os autores dizem que os novos direitos exigem mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis.

- Exemplos no Brasil de concretização da 3ª onda: adaptação do procedimento ao tipo de litígio (Ex: Juizados Especiais). Ex2: tentativa de evitar litígio ou facilitar sua solução utilizando-se de mecanismos privados ou informais (mediação, conciliação, arbitragem).

[20] Conceito desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrick Beck.
[21] DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 7ª ed., Juspodivm: Salvador, 2012, vol. 4, p. 36.

No livro de Franklyn Roger e Diogo Esteves[22], além das três ondas propugnadas na obra "Acesso à Justiça", há a **inclusão de mais duas**:

iv) Dimensão ética e política do direito (4ª onda): Os autores advertem que Kim Economides preconiza a existência de uma quarta onda de acesso à justiça, expondo a dimensão ética e política da administração da justiça.

De acordo com Kim, *"a essência do problema não está mais limitada ao acesso dos cidadãos à justiça, mas inclui também o acesso dos próprios advogados à justiça".* Isso porque, *"o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça".* Com isso, o professor indica importantes e novos desafios, tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.

Contudo, os autores brasileiros lançam uma crítica à concepção do professor inglês, pois a construção teórica de Kim retira o foco do acesso e passa a focar na justiça, realizando a análise crítica das carreiras jurídicas e da estruturação *interna corporis* do sistema de justiça.

v) Internacionalização da proteção dos Direitos Humanos (5ª onda): Ao longo da segunda metade do século XX, o Direito Internacional dos Direitos Humanos sofreu enorme avanço, com a edição de documentos importantíssimos, como Carta de São Francisco (1945), Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto de Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Como exemplo desse reforço, todo juiz brasileiro deve, diante de qualquer lei, proceder ao chamado **duplo controle**[23]. Isso significa que, além de poder analisar a compatibilidade de qualquer norma com a Constituição (controle de constitucionalidade), também deve verificar a compatibilidade das normas com os tratados internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade).

Nesse passo, alguns obstáculos surgem. Diogo Esteves e Franklyn Roger aduzem que:

> No entanto, é possível identificar entre todos estes sistemas de proteção aos Direitos Humanos, três fatores impeditivos do acesso à justiça no plano internacional.
>
> O primeiro deles seria o da própria existência de cortes internacionais aptas a garantir a tutela jurídica contra atos estatais. Nem todos os países possuem organização suficiente para esta atividade, como ocorre na Ásia e, até bem pouco tempo atrás, na África.
>
> O segundo aspecto obstaculizador compreenderia a possibilidade de efetivação de uma sentença internacional. Até que ponto os Estados signatários dos sistemas regionais cumprem eficazmente as decisões

[22] **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**, 2ª edição, Ed. Gen: São Paulo, 2017.
[23] Teoria do Duplo Controle muito bem elaborada e descrita por André de Carvalho Ramos, em seu **Curso de Direitos Humanos**, Ed. Saraiva: São Paulo, 2017. Outro livro também indicado para este tema. Além dele, para uma leitura sucinta e breve, existe uma boa sinopse da Juspodivm de Rafael Barretto.

proferidas pelos órgãos jurisdicionais internacionais e quais medidas são implementadas para minorar estes efeitos?

O terceiro e último aspecto compreenderia a facilitação dos indivíduos, grupos ou entidades à jurisdição internacional e a facilitação do procedimento perante as Cortes Internacionais.

Elucidada a fase do instrumentalismo, bem como a tônica do século passado e ainda atual de se concretizar o acesso à justiça por meio das ondas renovatórias, é hora de passar à quarta e última fase.

✓ **4ª Fase: Neoprocessualismo**:

Tem por objetivo manter a noção alcançada pela fase anterior, isto é, concepção de que o processo é um instrumento para se alcançar, efetivar o direito material, mas acrescentar em seu estudo todos os avanços operados pelo **Neoconstitucionalismo**. É a fase do instrumentalismo revisitada pelos influxos do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo.



TOME NOTA!

No Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira chama a fase do neoconstitucionalismo de **formalismo valorativo**, ou seja**,** é preciso interpretar o processo a partir dos valores da constituição, reforçando os aspectos éticos dentro do processo, sobretudo, da boa-fé (art. 5º, CPC).

Vistos o **Conceito** e as **Fases** do Direito Processual Civil, é preciso saber um pouco mais sobre qual a influência do Neoconstitucionalismo no Processo Civil. Vamos aprofundar?!



INDO MAIS FUNDO!

3 - Neoconstitucionalismo e Processo Civil

Com esse tópico, pretendemos responder a seguinte pergunta: **Quais foram os avanços que o Neoconstitucionalismo provocou no Processo Civil?**

Para tanto, necessário saber:

3.1 - O que é o Neoconstitucionalismo?

De antemão, é importante frisar que não há um movimento neoconstitucional uníssono, pois essa vertente intelectual é composta de uma diversidade de posições filosóficas e políticas. Como aponta a doutrina[24] ao discorrer sobre o tema:

[24] SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea, 2009, p. 114-115.

> Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linha bastante heterogênea, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zabrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum deles se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalista, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do dirieto e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob o mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma compreensão mais precisa.

Todavia, nosso papel aqui não é criar mais dúvida, mas sim saná-las!

Então, como forma de tornar didática a noção, focaremos no **Min. Luís Roberto Barroso,** autor muito cobrado em concursos, que divide o fenômeno do Neoconstitucionalismo em três marcos fundamentais[25]:

1) **Marco histórico** - Tem início com a redemocratização da Europa, logo depois da 2ª Guerra Mundial, na Alemanha, depois na Itália e, durante a década de 70, em Portugal e Espanha. No Brasil, o marco histórico deste novo Direito Constitucional é a Constituição de 1988.

2) **Marco filosófico** – o pós-positivismo, com a consagração da importância dos direitos fundamentais é caracterizado, sobretudo, pela **reaproximação entre direito e moral**[26], ultrapassando a concepção positivista[27]. Barroso afirma que "*é neste universo que se vive no Brasil um momento de reconhecimento de normatividade a princípios como o da dignidade da pessoa humana, como justiça, como o devido processo legal, que são na verdade a porta de entrada dos valores no sistema jurídico, de modo que o pós-positivismo nos liberta da dependência absoluta do texto legislado para reconhecer que há normatividade nos valores e nos princípios ainda quando não escritos*".

---

[25] Além de expostos os conceitos em seus livros, mais acessível é o texto na Revista Conjur: https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=2

[26] GONÇALVES, Bernardo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. Juspodiuvm: Salvador, 2017, p. 177-181.

[27] Sarmento diz: Há diferentes positivismos jurídicos, mas o que todos eles têm em comum é a afirmação de que Direito e Moral **não apresentam uma conexão necessária**. Alguns até admitem que o Direito possa incorporar um conteúdo moral (positivistas inclusivos), mas o mais famoso deles (Hans Kelsen), adotava a tese da separabilidade (ex: Kelsen).

O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo (...) a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. O norte principal, segundo Bernardo Gonçalves, é a reaproximação, em maior ou menor medida, do Direito e da Moral. Após a 2ª Guerra, tornou-se célebre a **fórmula de Gustav Radbruch**, segundo a qual a extrema injustiça não pode ser considerada direito.

Em complemento, Daniel Sarmento[28] afirma que, embora o pós-positivismo busque ligação entre Direito e Moral, ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para buscar a Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal.

3) **Marco teórico** - No plano teórico, três grandes transformações modificaram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição[29]; b) a expansão da jurisdição constitucional[30]; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Falaremos um pouco mais de cada um desses três subtópicos do marco teórico mais à frente.

De todo modo, adianta-se que, deste terceiro marco (teórico), é possível afirmar que, ao reconhecer a força normativa da Constituição, **surge o fenômeno da Constitucionalização do Direito**, podendo ser bipartido em dois vetores[31]:

i) ***Constitucionalização inclusão***: vários institutos que dantes não eram previstos na Constituição passaram, com a CRFB de 1988, serem nela arrolados. Como exemplo, temos o instituto da união estável (art. 226, § 4º), tutela do meio ambiente (arts. 225 ss), tutela do consumidor (art. 5º, XXXII), dentre outros.

Houve, pois, uma inflação de assuntos abordados por nossa Constituição analítica, o que favorece a chamada ubiquidade constitucional, isto é, a onipresença da Constituição em todos os ramos.

Na Constituição, o núcleo do Processo Civil está nos seguintes artigos:

---

[28] SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**, 2ª Ed. Fórum: Belo Horizonte, p. 201.
[29] Interessante citar a obra "**A Força Normativa da Constituição**", do alemão Konrad Hesse, traduzida pelo Min. Gilmar Mendes.
[30] Interessante citar a criação e expansão dos Tribunais Constitucionais nos países ocidentais, criação esta derivada da formulação teórica de Hans Kelsen na elaboração da Constituição Austríaca de 1920.
[31] O jurista francês Louis Favoreau elenca três vertentes do fenômeno: constitucionalização elevação (= inclusão); constitucionalização transformação (=releitura); constitucionalização juridicização (força normativa da Constituição).

Devido processo legal	Art. 5º, LIV
Contraditório e ampla defesa	Art. 5º, LV
Duração razoável do processo	Art. 5º, LXXVIII
Inafastabilidade da jurisdição	Art. 5º, XXXV
Motivação das decisões	Art. 93, IX
Publicidade	Art. 5º, LX
Isonomia	Art. 5º, caput
Proibição de produção de provas ilícitas	Art. 5º, LVI

ii) *Constitucionalização releitura*: os institutos de todos os ramos do direito devem, para uma interpretação adequada, passar pela filtragem constitucional. Na feliz expressão de Paulo Bonavides, *"Ontem, os Códigos; hoje, a Constituição"*.

Ex1: Releitura dos institutos da posse, da propriedade, do contrato, da família, em especial diante da despatrimonialização e da personalização do direito privado.

Ex2: releitura do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB) que, além de dever respeitar o procedimento imposto pela lei processual (devido processo legal formal), deve ser justo, visar a solução mais efetiva e correta possível, utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade (devido processo legal substancial)



Cabe efetuarmos um **alerta**! Muitos autores utilizam os termos **pós-positivismo** e **neoconstitucionalismo** como expressões sinônimas. Contudo, é possível fazermos uma demarcação mais nítida entre os fenômenos, principalmente no que atine ao papel do judiciário para ambas as teorias. Para Sarmento:

> (...) é possível, todavia, esboçar uma distinção entre as teorias do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, atinente à posição do protagonismo judicial na esfera constitucional. Os autores identificados como pilares da teoria **neoconstitucionalista**, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Gustavo Zagrebelsky, **defendem, em geral, esse arranjo institucional que fortalece o papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo**. É verdade que esses mesmos autores são também identificados como expoentes do pós-positivismo. Todavia, há

também, entre os pós positivistas, autores mais reticentes em relação ao protagonismo judicial, como Jürgen Habermas.

Assim, enquanto os **neoconstitucionalistas** defendem uma interpretação que reforce o papel do Judiciário no Estado Contemporâneo, escudando um papel de garantidor e concretizador dos princípios e garantias fundamentais constitucionais, os **pós-positivstas**, a seu turno, seriam apenas aqueles que acreditam que há uma conexão necessária entre o Direito e a Moral.



Assim, na linha proposta por Daniel Sarmento, **nem todo pós-positivista é neoconstitucionalista, e vice-versa**.

Para tanto, podemos citar o exemplo de Dworkin e Alexy que, além de pós-positivistas (sustentarem existir uma ligação entre Direito e Moral), são também adeptos do neoconstitucionalismo, ao reconhecerem um papel de guardião ao Poder Judiciário na concretização de valores e garantias fundamentais, com maior interferência no Poder Executivo e Legislativo.

Doutro lado, há juristas pós-positivistas (partidários da existência de alguma ligação entre Direito e Moral), mas pertencentes ao procedimentalismo, como Habermas (teoria do discurso) e John Hart Ely, que entendem que a jurisdição constitucional deve exercer um papel de controle da democracia representativa, verificando somente se as "regras do jogo" democrático estão sendo cumpridas. Não defendem uma atuação reforçada do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo.



(ESAF-PFN-2015) Sobre "neoconstitucionalismo", é correto afirmar que se trata:

a) de expressão doutrinária, de origem inglesa, desenvolvida com a série de julgados da Câmara dos Lordes, que retém competência legislativa e judicante.

b) de expressão doutrinária, que tem como marco histórico o direito constitucional europeu, com destaque para o alemão e o italiano, após o fim da Segunda Guerra mundial.

c) do novo constitucionalismo de expressão doutrinária, que tem origem e marco histórico no direito brasileiro com a redemocratização e as inovações constantes da Constituição de 1946.

d) de expressão doutrinária, de origem anglo-saxã, desenvolvida na Suprema Corte dos Estados Unidos à época em que John Marshall era seu presidente, caracterizada pelo amplo ativismo judicial.

e) de expressão doutrinária atribuída ao constitucionalista argentino Bidart Campos e tem como marco histórico a reforma constitucional de 1957.

Comentários: Vimos na parte geral que o neoconstitucionalismo tem como marco histórico o direito europeu do segundo pós-guerra.

(AGU-2015) No neoconstitucionalismo, passou-se da supremacia da lei à supremacia da Constituição, com ênfase na força normativa do texto constitucional e na concretização das normas constitucionais.

Comentários: Assertiva correta. Expressão que encontra fundamento na doutrina de Konrad Hesse (Força normativa da Constituição), autor alemão que enfatiza a busca de uma maior concreção do texto constitucional por meio de uma maior efetividade de suas normas.

CESPE/MPRR/2017 (adaptada). Assinale a alternativa incorreta:

a) A constitucionalização do direito infraconstitucional tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas anteriormente codificadas.

b) A visão substancialista da jurisdição constitucional compreende que a Constituição deve conter direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática, como justiça, igualdade e liberdade, admitindo o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham.

c) A corrente procedimentalista não concebe o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo.

(...)

Comentários:

A alternativa A está incorreta. A resposta foi retirada do livro de Luís Roberto Barroso, que afirma "*Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional*". Nesse trecho, fica claro que a principal marca é a constitucionalização releitura e não a constitucionalização inclusão.

A alternativa B está correta. Consoante Daniel Sarmento[32], o substancialismo sustenta a legitimidade da adoção de decisões substantivas pelas constituições, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais. Assim, o papel da Constituição é bastante ambicioso, indo muito além da garantia dos pressupostos do funcionamento da democracia, tomando decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político. Em decorrência dessa visão, os substancialistas advogam papel mais ativo para a jurisdição constitucional.

A alternativa C está correta. Consoante o mesmo doutrinador carioca, os procedimentalistas sustentam que o papel da Constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a sua natureza democrática. As decisões substantivas sobre temas no campo moral, econômico, político etc. não deveriam estar nas Constituições. Por conta dessa visão, defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia.

[32] SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**, 2ª Ed. Fórum: Belo Horizonte, p. 220.

PGR/MPF - Procurador da República/2012 – 26º Concurso

ASSINALE A ALTERNATIVA INCORRETA:

a) Para o neoconstitucionalismo, todas as disposições constitucionais são normas juridicas,e a Constituição, além de estar em posição formalmente superior sobre o restante da ordem juridica, determina a compreensão e interpretação de todos os ramos do Direito.

b) A visão substancialista da Constituição conduz, no controle de constitucionalidade, a uma postura mais deferente acerca das decisões dos Poderes Públicos.

c) Para os procedimentalistas,a jurisdição constitucional tem o papel exclusivo de assegurar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia.

d) A Constituição brasileira de 1988 enquadra-se na categoria das constituições dirigentes, porque, além de estabelecer a estrutura básica do Estado e de garantir direitos fundamentais, impõe ao Estado diretrizes e objetivos principalmente tendentes a promover a justiça social, a igualdade substantiva e a liberdade real.

Comentários

A alternativa incorreta é a letra B. Vejam a explicação na questão comentada acima.

3.2 - Nove Repercussões do Neoconstitucionalismo no Processo Civil

Fredie Didier[33] elenca 9 mudanças essenciais para a compreensão da matéria, sendo 6 mudanças relacionadas com a Teoria Geral do Direito (3 relacionadas à teoria das fontes e 3 referentes à teoria da hermenêutica) e, por fim, as 3 restantes focadas na relação entre Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

Quais foram elas?

Repercussões do Neoconstitucionalismo no Processo Civil		
Teoria das Fontes	**Teoria da Hermenêutica**	**Relação do Direito Processual com o Direito Constitucional**
Teoria dos princípios como espécie de norma	Distinção entre texto e norma	Força Normativa da Constituição
Jurisprudência como fonte do Direito	Atividade criativa	Teoria dos Direitos Fundamentais

[33] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1, Ed. Juspodivm: Salvador, 2016, p. 36-57.

Mudança na técnica legislativa (reforço de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados)	Proporcionalidade e razoabilidade	Expansão da Jurisdição Constitucional

Passaremos a olhar cada uma delas.

3.2.1 - Transformações na teoria das fontes do direito

i. Surgimento da teoria dos princípios**:**

O surgimento da teoria dos princípios revolucionou a teoria das fontes[34]. Hoje é indiscutível que **normas** jurídicas é um gênero, do qual são espécies **regras** e **princípios**.

E qual a diferença entre ambos?

Segundo Canotilho, são vários os critérios sugeridos para efetuar o discrímen entre princípios e regras:

1) Grau de Abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

2) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

3) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

4) Proximidade da ideia do Direito: os princípios são *Standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia do direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

5) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

[34] Um dos livros mais completos sobre o assunto e muito citado é "**Teoria dos Princípios**" de Humberto Ávila, Editora Malheiros. Outro extremamente interessante de se citar na prova é "**Teoria dos Direitos Fundamentais**", de Robert Alexy.

Porém, a concepção que tem maior influência na doutrina nacional é de **Robert Alexy,** que defende a visão da **diferença qualitativa** entre os conceitos, já que ambos, como exposto anteriormente, são espécies de normas jurídicas.

Como afirma o autor, os **princípios** são mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas subjacentes. Dessa forma, os princípios nunca asseguram ou impõem deveres definitivos, sendo, por isso, denominados de normas *prima facie*.

As **regras**, por seu turno, são mandamentos de determinação, normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas com definitividade; contemplam determinações daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo aplicadas na maneira do tudo ou nada (Dworkin).

No que tange às **antinomias**, o conflito entre regras é solucionado pela operação de subsunção, baseada nas técnicas tradicionais de solução de antinomias (*especialidade, hierarquia e cronológico*).

Por sua vez, o conflito entre princípios é solucionado através da técnica da ponderação, que estabelece uma relação de precedência condicionada de um dos princípios em conflito, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos para a solução do caso concreto. É importante ressaltar que a preponderância de um princípio em relação a outro depende do caso em análise, pois em situação concreta diversa, a relação de precedência poderá ser invertida, levando o princípio anteriormente superado a ser a norma adotada na nova conjuntura. Assim, a atribuição de pesos aos princípios em conflito (sopesamento) é que vai definir a precedência da norma aplicável ao caso concreto.

Lembre-se, também, que a regra da proporcionalidade[35] formulada por Alexy é o mais famoso método para solucionar conflito aparente de princípios, inclusive adotado, segundo alguns, pelo art. 489, § 2º, CPC, sendo tal regra subdividida em:

i- **Adequação**: verificação se o ato questionado é adequado, idôneo para o atingimento do fim, do objetivo. Ex: inconstitucional exigência

[35] [35] Tecnicamente, certo é dizer que, na concepção de Alexy, a **proporcionalidade é regra e não princípio**. Vejamos trecho extraído de artigo de Lênio Streck: Já de início, podemos referir que a própria utilização da nomenclatura "princípio da proporcionalidade" é empregada de forma equivocada. Na famosa *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a proporcionalidade é uma *máxima* utilizada como método para aplicar a colisão entre princípios. Trata-se da *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). E isso não é apenas uma discussão semântica. Na medida em que a máxima da proporcionalidade é o critério para determinar o peso da colisão entre princípios, como poderia ser, ela mesma, um princípio? Aliás, Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que, ainda que tivéssemos apenas as opções "regra" ou "princípio", seria mais adequado enquadrar a "máxima da proporcionalidade" como **regra** (ou melhor, uma metarregra). Ademais, o próprio Alexy considera que "As três máximas parciais são consideradas como regras". Evidente, pois princípios para Alexy são mandamentos de otimização e, dessa forma, podem ser aplicados em maior ou menor grau. Como o critério que julga a otimização dos princípios colidentes poderia ser, ela mesma, otimizada?

de inscrição no conselho para ser músico. O ato (exigência de inscrição) não promove o fim (controle do exercício da profissão).

ii- **Necessidade**: verificação se não há outra medida menos gravosa a se tomar. Ex: invalidade da demissão ao servidor que pratica infração leve.

iii- **Proporcionalidade em sentido estrito**: verificação do custo-benefício da medida. Quanto maior a restrição ao direito fundamental, muito maior tem de ser a consagração do princípio que lhe é contraposto. Ex: STF considerou inconstitucional a necessidade de pesagem do botijão de gás no momento da venda para o consumidor. A proteção ao consumidor não autoriza a aniquilação do princípio da livre iniciativa.



Obs1 - Princípio é uma espécie de norma que se encontra em qualquer nível do ordenamento, p. ex. encontra-se princípio tanto constitucional quanto infraconstitucional.

Obs2 – Nem toda norma constitucional é um princípio. A Constituição é um conjunto de normas: princípios e regras.

Obs3 – Nem sempre quando a norma é muito importante é um princípio. Ex: toda decisão judicial tem de ser motivada (Didier diz que a motivação das decisões é uma regra – impõe conduta certa, clara).

Obs4 - não podemos, hoje, pensar que uma regra sucumbe perante o princípio necessariamente, havendo conflito entre eles. Se regra e princípio estiverem em mesmo patamar normativo, prevalece a regra, já que ela explicita opção de solução clara para aquele determinado problema, isto é, já houve uma ponderação prévia pelo legislador.

Obs5: Derrotabilidade das regras (*defeasibility)*: Surgida, segundo alguns, com Hart em *The Ascription of Responsability and Rights* (1948), seu fundamento é a constatação de que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses em que uma regra poderia ser excepcionada. Diante desse fato, é possível ao juiz afastar a aplicação da regra para fazer valer a verdadeira justiça no caso concreto OU se perceber que o fim perseguido pela norma exige aquela superação da regra. É uma conceituação com pouca aplicabilidade, ainda, pelos Tribunais Superiores.

CESPE/Procurador do Município - BH /2017 (adaptada). Acerca das Constituições, assinale a opção correta.

a) De acordo com a doutrina, derrotabilidade das regras refere-se ao ato de se retirar determinada norma do ordenamento jurídico, declarando-a inconstitucional, em razão das peculiaridades do caso concreto.

Comentários

A alternativa A está incorreta. A derrotabilidade não retira a norma do ordenamento jurídico, pois o que é derrotado é o enunciado normativo. A derrotabilidade incide

sobre os textos normativos e não sobre as normas jurídicas, exatamente porque o texto normativo não contém imediatamente e integralmente a norma, não se confundindo com ela. A norma é o resultado da interpretação do texto, diante do caso concreto.

ii. Percepção de que jurisprudência é fonte do direito

Era comum dizer que os tribunais não produziam direito, apenas o declaravam. Contudo, isso atualmente é um equívoco.

O que os tribunais fazem é continuar a produção do direito que se inicia na tarefa legislativa. Os tribunais, ao decidir casos, produzem direito a partir deles.

Com o advento do Novo CPC, podemos ver um enorme reforço da Jurisprudência e dos Precedentes. Quando tratarmos de Fontes, falaremos um pouco mais deste item.

iii. Alteração na técnica legislativa

Antigamente, o legislador buscava fazer leis minuciosas, descritivas, exaurientes. Atualmente, muitos dispositivos normativos são feitos de maneira aberta, indeterminada, flexibilizando o sistema.

Dentre os enunciados abertos, temos as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Qual a diferença[36]?

Cláusula geral é um de enunciado normativo aberto que se caracteriza pelo fato de ser indeterminado na **hipótese normativa** (descrição da situação regulada pelo enunciado) e indeterminado no **consequente normativo** (consequência jurídica caso a hipótese ocorra). Ou seja, há uma dupla indeterminação.

Ex: o devido processo legal é uma cláusula geral, já que, da leitura do dispositivo, não se sabe o que é um processo devido, ou seja, a hipótese é indeterminada. Da mesma forma, não é explicitado o que ocorre se o processo não for devido, havendo a indeterminação do consequente.

Ex2: no direito privado, temos as cláusulas gerais da boa-fé, função social da propriedade[37], função social do contrato etc.

Ex3: Didier considera como cláusulas gerais do NCPC os seguintes artigos: **art. 297** (poder geral de cautela), antigo art. 798, CPC/73; **art. 497** (poder geral de efetivação), antigo 461, §5º, CPC/73; **art. 723** (poder geral de adequação na jurisdição voluntária), antigo 1.109, CPC/73.

[36] "O Código Civil Como Sistema em Construção" de Judith Martins Costa e "Cláusulas Gerais Processuais" de Fredie Didier Jr. abordam essa diferenciação.
[37] Mesmo havendo regras que concretizem a cláusula geral, a exemplo da perda da propriedade se não cumprir a função social da propriedade, é preciso dizer que tal consequência não limita, não exaure a cláusula geral. Haverá casos que não se encaixem naquelas situações, pode-se aplicar também a função social da propriedade.

TOME NOTA! Esse tipo de enunciado normativo tende a ser mais permanente, já que ele vai se adaptando historicamente. Não é por acaso que o enunciado do devido processo legal existe há mil anos. À medida que a sociedade vai mudando, o sentido que é dado àquele enunciado também se altera.

Conceito jurídico indeterminado, por sua vez, é um enunciado aberto em que a hipótese normativa também é indeterminada, mas o consequente é determinado.

Ex: repercussão geral no recurso extraordinário, em que o legislador diz que se tiver repercussão geral, o recurso será conhecido (art. 102, § 3º, CRFB).

3.2.2 - Transformações na hermenêutica jurídica

i. Distinção entre texto e norma**:**

A norma jurídica não é o texto normativo, mas, sim, o resultado da interpretação de um texto normativo, isto é, norma é o sentido que se dá a um texto normativo.

- Ex: clássico exemplo de Gustav Radbruch de que em uma estação ferroviária havia uma placa que diz "proibida a entrada de cão". Esse é um texto normativo.
- Ex1: se um sujeito tenta entrar com cão, será barrado.
- Ex2: homem tenta entrar com um urso. Pela lógica formal, em tese, poderia entrar, já que o texto normativo diz apenas cão. Pela lógica do razoável[38], ao contrário, não poderia entrar, já que a norma extraída daquele texto é no sentido de que haja proibição para qualquer um que entre com animais que possam perturbar terceiros ou prejudicar o transporte em si dos trens que ali partiam e chegavam. Portanto, o homem não poderia entrar com o urso.
- Ex3: se um homem cego tenta entrar com seu cão guia, o que deve ocorrer? Mesmo que o texto normativo não abra qualquer exceção, a interpretação que se deve fazer é que o cão guia é o olho do cego. Portanto, não deverá haver proibição.

Percebam, com esse exemplo, que o texto normativo não é a mesma coisa que a norma que se possa extrair dele.

ii. A ideia de que toda atividade interpretativa é criativa:

[38] Questão de prova oral do TJSP (2016): O que é a lógica do razoável? **Resposta**: Buscando superar a lógica formal e o modelo subsuntivo de aplicação do direito, Recaséns Siches, autor Guatemalteco, professor da Universidade do México, propõe a lógica do razoável, uma vez que a razão de ser do direito é a vida humana, e esta, alicerçada em experiências, realidades e juízos de valor os mais diversos não pode ser enquadrada perfeitamente numa lógica formal que, ao fim e ao cabo, não proporcionaria uma concretização da justiça. Deve o juiz harmonizar tanto quanto possível a tensão dos valores de justiça, segurança e certeza, construindo assim uma decisão prudente, equitativa e razoável para cada caso concreto.

Podemos dizer que o intérprete "recria", já que ele cria a partir de algo. Os juízes, diante do caso concreto, irão interpretar o texto normativo e recriá-lo. Essa ideia repercute muito no processo, pois, para que o processo alcance sua finalidade, é necessário que o juiz dê sentido aos enunciados normativos.

iii. Surgimento das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade:

As máximas da proporcionalidade e da razoabilidade redefiniram como se deve fazer a interpretação. Interpretações puramente lógicas, formais, não são aceitas mais. *Ex: do ponto de vista formal, o cão guia é cão, e teria sua entrada na sala proibida. No entanto, essa interpretação seria absolutamente irrazoável.*

Segundo aponta a doutrina[39], razoabilidade teria nascido no sistema da *common law*, mais especificamente no direito norte-americano por meio da evolução jurisprudencial da cláusula do devido processo legal (Emendas 5ª e 14ª da Constituição dos Estados Unidos), que seria caracterizado não só pelo caráter procedimental (*procedural due process of law*): contraditório, ampla defesa etc., mas também pela vertente substantiva de tal cláusula (*substantive due process of law):* proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos contra abusos do Estado.

Doutro lado, a proporcionalidade teria origem alemã. Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no "direito de polícia", o referido princípio recebeu, na Alemanha, dignidade constitucional, entendida como princípio implícito do próprio Estado de Direito.

Embora haja essa diferenciação (que é interessante para demonstrar conhecimento nas provas), tem prevalecido a tese da **fungibilidade dos conceitos**, ambos relacionados aos ideais de igualdade, justiça material, instrumentos de contenção dos excessos cometidos pelo Poder Público.

3.2.3 - Relação entre processo e direito constitucional

Podemos destacar três grandes transformações havidas no direito constitucional:

i- Reconhecimento da força normativa da Constituição:

A força normativa da Constituição significa o reconhecimento de que a Constituição não é apenas uma folha de papel[40], descritiva das relações de poder, mas sim deontológica, configurando um **dever ser**, com poder de conformar a realidade.

Antes, os direitos não eram irradiados diretamente a partir da Constituição, mas somente a partir do momento em que havia a intermediação do legislador regulamentando o que estava previsto na Constituição. Atualmente, normas constitucionais são aplicáveis direta e imediatamente no limite da sua densidade jurídica.

---

[39] OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**. *5ª Ed.* Método: São Paulo, 2017, p. 44.
[40] Concepção de Ferdinand Lassale, em que a Constituição era vista como mera folha de papel, nada mais expressando senão as relações de poder fáticas existentes.

Isso que hoje parece ser uma obviedade não era no mundo todo antes de 1945 e, no Brasil, antes da CRFB/1988.

ii- Aperfeiçoamento da teoria dos direitos fundamentais:

Dentro da temática dos direitos fundamentais, vários aspectos são imprescindíveis no estudo. Dentre eles, seus fundamentos históricos (ex: carta magna, constituições norte-americana e francesa etc.), filosóficos (dignidade da pessoa humana) e teóricos (jusnaturalismo, positivismo e realismo); características (ex: historicidade, indisponibilidade, eficácia vertical e horizontal etc.); gerações (1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª); fontes (tratados internacionais, constituições); limites (teoria interna, externa, limite dos limites).

Contudo, deixaremos o estudo sistematizado desse tema ao Direito Constitucional e, na medida em que se tornar necessário, pontuaremos ao longo do curso.

Objetivamente em relação ao nosso assunto, **o que mudou com o Neoconstitucionalismo?**

Como efeito da já dita força normativa da constituição, os direitos fundamentais passaram a ter carga normativa, e passaram a ser encarados como uma **pauta mínima ética** sobre a qual se constrói o direito.

Assim, o Legislativo não pode tudo, tem que respeitar o mínimo ético dos direitos fundamentais construídos ao longo dos séculos, sob pena de eventual lei afrontar as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) e ser declarada inconstitucional.

Assim, o Executivo não pode tudo, tem de respeitar e garantir os direitos fundamentais, sob pena de que tal garantia seja promovida pelo Poder Judiciário, em uma de suas principais funções que é agir de forma contramajoritária para proteger direitos fundamentais.

Além disso, os direitos fundamentais passaram a ser estudados em uma dupla dimensão:

- **Dimensão objetiva**: direitos fundamentais são normas como normas que orientam a produção de outras normas, isto é, são elementos normativos mínimos orientadores de todo o ordenamento jurídico.

  Isso repercute no processo no sentido de que há um **direito processual fundamental,** que serve como parâmetro para todo direito processual infraconstitucional.

- **Dimensão subjetiva**: são vistos como direitos subjetivos, ou seja, posições de vantagem subjetivas atribuídas às pessoas.

  Em relação ao Processo Civil, poderíamos dizer, por exemplo, que Francisco tem direito ao contraditório; Ana Maria tem direito ao juiz natural. Além disso, o processo tem de ser adequado para bem proteger tais direitos fundamentais.

RESUMINDO O processo tem que ser construído de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva) e, além disso, tem que servir como instrumento para bem tutelar os direitos fundamentais (dimensão subjetiva).

iii- Expansão da jurisdição constitucional**:**

Barroso sintetiza tal movimento nas seguintes palavras[41]:

> No mundo, depois da 2ª Guerra Mundial venceu o modelo norte-americano de constitucionalismo, que é fundado na centralidade da Constituição, no controle de constitucionalidade e, portanto, na supremacia judicial, porque o controle de constitucionalidade é feito por um órgão judicial. O modelo europeu tradicional era de centralidade da lei e de supremacia do parlamento, porque como não havia controle de constitucionalidade. A última palavra acerca da interpretação da Constituição era dada pelo parlamento. Portanto, a partir de 1948, 50, na Europa, de uma maneira geral, este modelo de centralidade da lei e de supremacia do parlamento é historicamente derrotado pelo modelo de centralidade da constituição e de supremacia judicial na interpretação da constituição.
>
> Todos os países europeus democráticos, um a um, praticamente, com algumas exceções como o Reino Unido e Holanda, passaram a adotar Tribunais Constitucionais e a permitir o controle de constitucionalidade das leis. Este modelo na Europa é processualmente diferente do modelo adotado nos Estados Unidos, mas o conceito de que a última palavra na interpretação da Constituição é dada pelo Poder Judiciário foi o que prevaleceu.
>
> No Brasil, desde a primeira Constituição republicana vigorava o modelo norte-americano de controle incidental de constitucionalidade por todos os órgãos judiciais. O controle de constitucionalidade torna-se verdadeiramente importante no Brasil a partir da Constituição de 1988 que manteve o controle incidental, mas expandiu notavelmente o controle por via das ações diretas dos processos objetivos notadamente pela ampliação dos legitimados ativos previstos no artigo 103. Sob a Constituição de 1988 houve um boom de controle de constitucionalidade que torna o modelo brasileiro muito peculiar, porque algumas das grandes questões controvertidas postas ao debate público no Brasil chegam direta e rapidamente ao Supremo Tribunal Federal por meio de ações diretas.

Professor, agora consegui entender quais foram os marcos do Neoconstitucionalismo e a influência para o Processo Civil**. Mas quais foram as consequências desse fenômeno como um todo?**

Muito bem! Uma vez internalizados os **marcos do Neoconstitucionalismo**, é **imprescindível apontar quais foram suas consequências**.

[41] https://www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=3



Com a rejeição da necessidade do formalismo jurídico positivista, com a concepção de força normativa da Constituição, máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais etc., questões de interesse predominante do Poder Executivo - como a implementação de políticas públicas e de direitos sociais - passaram a fazer parte da esfera de atuação do Poder Judiciário, reforçando, sobremaneira, o seu papel constitucional. Nessa quadra, é importante perceber uma **excessiva judicialização**, bem como um **maior ativismo judicial**[42].

Ademais, **técnicas como a ponderação,** mais especificamente a utilização da regra da proporcionalidade[43] formulada por Robert Alexy (subdividida em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), consagrada no art. 489, § 2º, CPC, irão surgir na abertura desse espaço de transição do mundo das regras para o mundo dos princípios. O juiz não é apenas a "boca da lei", como afirmavam os positivistas exegéticos franceses, devendo exercer um papel importante nessa nova hermenêutica jurídica.

Portanto, podemos citar como **consequências principais**: **a)** aumento da Judicialização dos conflitos; **b)** maior intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, garantia de direitos sociais etc.; **c)** utilização recorrente da técnica da ponderação.

Ocorre que essas consequências foram tão intensas que já se levantam vozes fortes contrárias a esse exagero do Poder Judiciário. Qual **crítica** é feita hoje ao Neoconstitucionalismo?

Essa fase levou ao cometimento de uma série de abusos, do uso exagerado dos princípios, da criatividade judicial, da flexibilização exacerbada da lei. Os

---

[42] Barroso diferencia ativismo judicial de judicialização. Ele explica que a **judicialização** representa em grande parte a transferência de poder político para o Judiciário, principalmente, para o Supremo Tribunal Federal. "A judicialização é fato". O constitucionalista aponta três causas: a redemocratização do país, que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; e o sistema de controle de constitucionalidade. Já o **ativismo**, ao contrário da judicialização, não é fato, diz Barroso, mas atitude. Acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis. Ele cita como exemplo a fidelidade partidária, quando o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, e o Supremo confirmou, norma não prevista na Constituição em nome do princípio democrático. A demanda para acabar com o troca-troca de partido, diz, não foi atendida pelas instâncias políticas competentes.

[43] Tecnicamente, certo é dizer que, na concepção de Alexy, a **proporcionalidade é regra e não princípio**. Vejamos trecho extraído de artigo de Lênio Streck: Já de início, podemos referir que a própria utilização da nomenclatura "princípio da proporcionalidade" é empregada de forma equivocada. Na famosa *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a proporcionalidade é uma *máxima* utilizada como método para aplicar a colisão entre princípios. Trata-se da *máxima da proporcionalidade* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). E isso não é apenas uma discussão semântica. Na medida em que a máxima da proporcionalidade é o critério para determinar o peso da colisão entre princípios, como poderia ser, ela mesma, um princípio? Aliás, Virgílio Afonso da Silva alerta para o fato de que, ainda que tivéssemos apenas as opções "regra" ou "princípio", seria mais adequado enquadrar a "máxima da proporcionalidade" como regra (ou melhor, uma metarregra). Ademais, o próprio Alexy considera que "As três máximas parciais são consideradas como regras". Evidente, pois princípios para Alexy são mandamentos de otimização e, dessa forma, podem ser aplicados em maior ou menor grau. Como o critério que julga a otimização dos princípios colidentes poderia ser, ela mesma, otimizada?

juízes, sob o escudo de princípios, muitas vezes de duvidosa aplicação, passaram a decidir de forma discricionária[44].

Daniel Sarmento sintetiza o fenômeno ao afirmar que:

> *Os abusos e incompreensões revelam-se basicamente em uma postura de supervalorização dessas "novidades": **a)** supervalorizam-se as normas-princípio em detrimento das normas-regras, como se aquelas sempre devessem preponderar em relação a essas e como se o sistema devesse ter mais normas-princípio do que normas-regra, ignorando o importantíssimo papel que as regras exercem no sistema jurídico: reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica; **b)** supervaloriza-se o Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo, em grave prejuízo à democracia e à separação de poderes; **c)** supervaloriza-se a ponderação em detrimento da subsunção, olvidando que a subsunção é método bem adequado à aplicação das normas-regras, de resto as espécies normativas mais abundantes no sistema.*

ESTA CAI NA PROVA!

Essa crítica já vem sendo cobrada em prova! Vejamos a questão discursiva do TJSP.

TJSP – 186º Concurso – Juiz de Direito: Dissertação "O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar ou elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito."

A partir do trecho citado, disserte sobre a proposição nele contida, abordando os seguintes pontos: a) o enquadramento da propositura nas escolas jusnaturalistas ou do positivismo jurídico; b) a relação que o texto estabelece entre princípios e normas; c) a relação que a solução baseada exclusivamente em princípios com os tipos de racionalidade jurídica expostos por Max Weber; d) o modo pelo qual o respeito "ao espaço de cada instituição" referido no texto acarreta novos desafios para a legitimidade da jurisdição estatal.

Resposta: Pelo tamanho, transcrevi minha resposta a essa questão no final deste pdf.

TJSP – 187º Concurso – Juiz de Direito:

Disserte sobre o tema – Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e igualdade – justificando todos os tópicos desta proposta, considerando: 1. Teoria da Constituição Procedimental e Teoria da Constituição Dirigente: 1.1.Positivismo, pós-positivismo e sistema constitucional aberto: 1.1.1. Normas-regra (preceituais); 1.1.2. Normas-princípio (axiológicas). 2. O devido processo legal material e os direitos fundamentais: a limitação da discricionariedade legislativa; 3. As novas dimensões da igualdade: 3.1.Ações afirmativas e discriminações benignas; 3.2. O

[44] Por todos, cita-se os textos "Teoria da Katchanga" de George Malmstein, "Neo-constitucionalismo: entre o direito da ciência e a ciência do direito" de Humberto Ávila, "Neo-constitucionalismo: riscos e possibilidades" de Daniel Sarmento e texto "Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo" do Lênio Streck na Revista Conjur (13/03/2014).

Juiz, a igualdade e as promessas não cumpridas da Constituição Federal (as normas-fim do Estado Democrático e Social do Direito e a dimensão ético humanista da função jurisdicional).

Resposta: A questão é de Direito Constitucional, mas poderia ser respondida quase que integralmente pelo que falamos durante a aula. Discorremos sobre neoconstitucionalismo, pós-positivismo. Falamos do substancialismo e do procedimentalismo. Diferenciamos regras de princípios. Sobre as dimensões da igualdade, as abordaremos no capítulo de princípios. O seguinte artigo de Lênio Streck aborda todos esses temas diretamente: "*Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*".

Ufa...acabou essa parte. Conseguiram acompanhar? Lembre-se de que, qualquer coisa que precisarem, estou disponível no e-mail constante no rodapé da página.

Tenham em mente que, se bem compreendido o fenômeno do Neoconstitucionalismo, várias questões de Processo Civil e também do Direito Constitucional serão mais facilmente resolvidas.

Cientes desse influxo do Neoconstitucionalismo no Processo Civil, poderemos adentrar no estudo mais objetivo do NCPC e das regras e princípios que compõem a nossa disciplina. Vamos lá!?

Apenas destacaremos um último tópico que, às vezes, tem sido cobrado.

Processo e Ideologia

Podemos perceber que, com a influência do Neoconstitucionalismo, o Processo Civil deve ser compreendido em sua **ideologia Democrática**, sempre tendo por desiderato fazer com que o **juiz supere o positivismo acrítico e efetivamente tutele o direito material, principalmente os direitos fundamentais, em uma atitude comprometida com a Constituição**. A legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, e é o juiz quem tem o dever de interpretá-la de acordo com a Constituição.

Entendo, porém, que o trecho "processo e ideologia" impõe que façamos uma referência à obra de Ovídio Baptista da Silva, cujo título é justamente "Processo e Ideologia[45]", lançada em 2004.

O que nos interessa é a parte inicial, em que ele traça os motivos pelos quais ele entende que o Processo Civil não evoluiu e estava ainda baseado no Iluminismo, na filosofia cartesiana, no racionalismo, recheado de formalismos

[45] Há doze capítulos em *Processo e Ideologia*: **1)** "O Pensamento Ideológico"; **2)** "Os Juristas e o Poder"; **3)** "Processo, Racionalismo e Reforma Religiosa"; **4)** "O*Paradigma* Racionalista e a Tutela Preventiva"; **5)** "Fundamentos do Procedimento Ordinário"; **6)** "Demandas Plenárias e Sumárias"; **7)** "'Ação' e Ações na História do Processo Civil moderno"; **8)** "Tempo do Processo e Regulação da Sucumbência"; **9)** "Uso Alternativo do Procedimento Ordinário — Tutelas de urgência"; **10)** "Os Recursos — Viés Autoritário da Jurisdição"; **11)** "Do Lógico ao Analógico"; e **12)** "Processo Civil, Individualidade e Democracia".

que, de certa maneira, traziam a ineficiência da tutela jurisdicional. Além disso, o direito se prende muito na norma, esquecendo-se dos fatos.

Todas essas características impedem o juiz de interpretar a lei de modo mais livre, impondo-lhe uma condição de *bouche de la loi*. Nesse livro, portanto, Ovídio advoga um poder de interpretação mais amplo do juiz. A superação do paradigma racionalista, no seio processual civil, estaria, portanto, na eliminação da desconfiança (que racionalistas têm) com a *discricionariedade* judicial[46].

Obs: Essa ideia de concessão de maior discricionariedade ao juiz é bastante controversa. É atitude justamente combatida por inúmeros doutrinadores atuais (ex: Lênio Streck, Rafael de Oliveira, André Karam Trindade etc.).

Para compreender de modo mais claro suas motivações, interessante lermos a entrevista concedida por Ovídio à Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC).

> **ABDPC - Caro professor Ovídio, fale-nos um pouco sobre o seu novo livro "Processo e Ideologia": o que o levou a escrever um livro abordando a temática do processo e da ideologia?**
> **PROF. OVÍDIO** - Você deseja saber os motivos que me levaram a escrever o livro "Processo e ideologia". (...) diria que meus interesses, a partir de uma certa época, que eu dataria como compreendo os últimos dez anos, orientaram-se para a investigação dos pressupostos históricos, políticos, basicamente culturais, que formaram o direito moderno, particularmente o processo nos países da tradição romano-canônica. Na verdade, estas questões vêm-me acompanhando desde o início de minha formação, no campo do processo civil, porque pressentia que o sistema se tornara anacrônico, esclerosado e incapaz de atender às expectativas da sociedade contemporânea, que se pretende **democrática**. Por fim, acabei reconhecendo que nosso sistema não foi concebido para servir como um instrumento democrático. Posso resumir a resposta dizendo que me tornei inteiramente cético quanto às virtualidades do sistema processual - **submetido ainda, de modo radical, aos pressupostos do iluminismo europeu do século XVIII** - para renovar-se e tornar-se compatível com o novo milênio.
>
> **ABDPC - O senhor ressalta, nos capítulos iniciais de seu livro, que nos primórdios da Era Moderna a "interpretação" da lei era combatida pelo poder político. O senhor poderia nos explicar melhor o que isso significa?**
> **PROF. OVÍDIO** - Não apenas no início da Era Moderna a interpretação da lei foi combatida pelo Poder político (no sentido amplo, que inclui também, muito especialmente o "poder invisível" ou o poder informal). Ainda hoje, nosso sistema conserva-se instrumento de nossas elites. Na verdade, como disse noutro capítulo, o direito moderno (quero referir-me especialmente ao processo) nasceu irmanado com o capitalismo que construiu o Estado Industrial. Daí ser utópico transformá-lo sem que minimamente se transformem nossas condições sociais. **Nós ainda estamos impedidos de interpretar a lei**. Nossa função, especialmente

[46] Texto que analisa o livro completo: http://emporiododireito.com.br/leitura/processo-e-ideologia-de-ovidio-araujo-baptista-da-silva-por-marcelo-pichioli-da-silveira

> a do juiz, é apenas descobrir "vontade do legislador" ou, mais docemente, a "vontade da lei". Esta exigência mistura, proposital e convenientemente, texto e sentido do texto, como se o texto legal tenha um sentido invariável, uma "vontade constante", como dizia um célebre texto de direito romano medieval. Isto, naturalmente, impede que se interprete - em autêntico sentido hermenêutico - a norma legal. O juiz apenas revela a vontade da lei, como se o sentido, o significado da proposição legislativa fosse sempre o mesmo. **Este é um dos aspectos (apenas um deles) antidemocráticos do sistema**.
>
> **ABDPC - Uma das denúncias mais fortes dos capítulos iniciais de seu livre consiste na tentativa de "geometrização" do direito empreendida pelos filósofos modernos (Descartes, Leibniz, etc.). O senhor poderia nos dar um exemplo do reflexo dessa atitude no moderno direito (não necessariamente apenas no âmbito processual)?**
> **PROF. OVÍDIO** - Pensamos o direito - não no passado, mas atualmente - pelos critérios das ciências experimentais, basicamente pela epistemologia das ciências exatas. Claro, reproduzindo Savigny, **resolvemos os problemas jurídicos como quem resolve uma equação algébrica.** Não dizemos, com a tranqüilidade dos puros, que o juiz errou quando a sentença nos prejudica; e que ele acertou quando julga a nosso favor? Para nossa compreensão, cuidadosamente preparada pela Universidade, **o juiz, ao julgar, raciocina como deveria raciocinar um físico ou um matemático**. Estamos na epistemologia do "certo" e do "errado". (...) Veja, como é complicado ignorar, pior ainda, aceitar um sistema que se congelou no século XVIII.

Sabendo dessa crítica do renomado Professor gaúcho, passemos às fontes do Direito Processual Civil.

3 - Fontes

3.1 - Conceito

É o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos, bem como os meios e as formas de revelação do Direito.

Como afirma Alexandre Câmara[47], o estudo das fontes é extremamente importante para a delimitação do que pode ser considerado Direito. Assim é que o Direito Processual só o é enquanto provém de uma das fontes do Direito Processual.

Ainda, a consideração de Tércio Sampaio[48] é relevante:

> A questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o *problema dos centros produtores de normas e sua unidade ou pluralidade*. Se, num sistema, podem surgir conflitos normativos, temos que admitir que as normas

[47] CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. 20ª Ed. Lumenjuris: Rio de Janeiro, 2010.
[48] Op. Cit, p. 190.

> entram no sistema a partir de diferentes canais, que, com relativa independência, estabelecem suas prescrições. Se são admitidas lacunas, é porque se aceita que o sistema, a partir de um centro produtor unificado, não cobre o universo dos comportamentos, exigindo-se outros centros produtores. São essas as suposições que estão por detrás das discussões em torno das chamadas *fontes do direito*.

A classificação das fontes no Direito Processual Civil é divergente na doutrina. Alguns[49] apenas dividem as fontes em **formais** e **materiais** (ou não formais). Outros, ainda separam as fontes formais em **diretas** e **indiretas**. Tendo por objetivo ser o mais completo possível, mesclaremos ambas as classificações.

3.2 - Classificação

As fontes podem ser divididas em:

a) Formais: são aquelas que emanam do Estado, criadas por meio de processos formais estabelecidos pela ordem jurídica (ex: Constituição, Leis), podendo ainda ser subdividida em:

i- *Imediata ou Direta:* aquelas normas jurídicas aplicáveis diretamente ao caso;

ii- *Mediata ou Indireta:* aquelas fontes que o intérprete busca nos casos de ausência de norma jurídica para reger o caso.

b) Materiais (ou não formais): o conjunto de fatores políticos, históricos, sociais, culturais e econômicos que influenciaram a criação da norma jurídica. No caso do CPC, por exemplo, podemos asseverar que o enorme número de processos que chegaram ao Judiciário, especialmente após a CRFB/1988, foi um fator de estímulo à criação do novo CPC.



Percebe-se, pois, que as **fontes materiais** não possuem caráter vinculativo e funcionam como substrato teórico para a edição posterior de fontes formais pelo Poder Legislativo (ex: Leis) e pelo Poder Judiciário no exercício da função normativa (ex: regimento interno).

A seu turno, verifica-se que as **fontes formais** constituem o produto da fonte material. As **fontes formais** são, portanto, **as normas jurídicas**. Entre os principais exemplos de fontes formais do Processo Civil destacam-se a Constituição da República, Lei 13.105/2015 (lei federal ordinária), leis estaduais, tratados internacionais e regimentos internos dos Tribunais.

Lembre-se que o CPC é a lei federal ordinária mais importante, sendo o repositório mais relevante de normas de processo. Contudo, há inúmeros outros diplomas que se relacionam, direta ou indiretamente, ao processo civil, como

[49] O próprio Alexandre Câmara; Marcus Vinícius Gonçalves, Elpídio Donizetti.

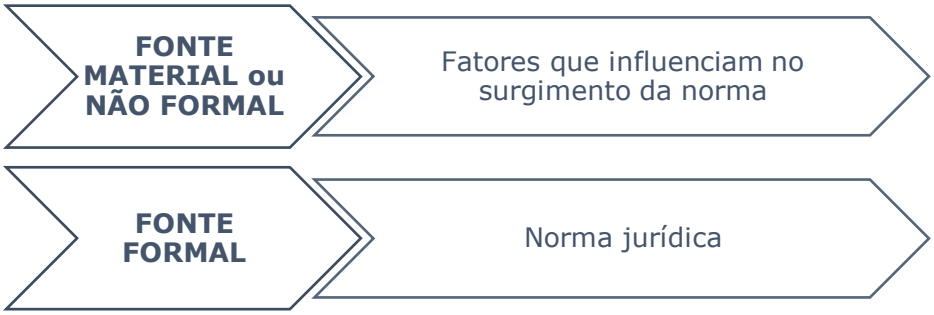
Juizados Especiais, Lei do Mandado de Segurança, Falência, CDC, ACP, inquilinato etc.

Obs: Como dizem Ada Pellegrini, Antônio Cintra e Cândido Dinamarco[50]:

> A norma jurídica qualifica-se por seu objeto e não pela sua localização neste ou naquele corpo de leis. O objeto das normas processuais é a disciplina do modo processual de resolver os conflitos e controvérsias mediante a atribuição ao juiz dos poderes necessários para resolvê-los e, às partes, de faculdades e poderes destinados à eficiente defesa de seus direitos, além da correlativa sujeição à autoridade exercida pelo juiz.

Portanto, há normas processuais, inclusive, no Código Civil (chamadas por Humberto Theodoro Jr. de normas **heterotópicas**). Exemplos: arts. 194; 227; 274; 456 (os quatro já revogados); arts. 788; 1.647, I e II; 787, § 3º; 1.698; 447.

Desse modo, para fins de prova, temos:



Feita a diferenciação entre fonte material e formal, é preciso ir além.

A fonte formal, por sua vez, é subdividida em fonte formal imediata e mediata, conforme quadro abaixo.

Doutrina clássica	Doutrina moderna
• Fonte formal imediata: Lei *lato sensu*. • Fonte formal mediata: analogia, costumes e princípios gerais do direito (art. 4º, LINDB).	• Fonte formal imediata: lei *lato sensu*, princípios, Jurisprudência (mais especificamente os precedentes vinculantes). • Fonte formal mediata: analogia, costumes
• Fonte não formal: doutrina e jurisprudência	• Fonte não formal: doutrina

Explicaremos melhor o quadro acima...

Segundo a doutrina clássica, pela tradição romano-germânica (*civil law*) do direito pátrio, o direito processual civil era e ainda é ancorado, essencialmente,

[50] CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. Teoria Geral do Processo, 29ª ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 99.

na **Lei** *lato sensu* (Constituição, Lei federal, Lei estadual, tratados internacionais, regimentos internos dos Tribunais). Portanto, esta era e continua sendo a fonte primária e imediata do processo civil. O próprio artigo 5º, II, CRFB demonstra a existência de sistema substancialmente legalista, ao aduzir que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei"*.

Considerando, porém, que o legislador não é capaz de prever soluções para todas as situações de possíveis contendas, aliado ao fato de que a sociedade está em permanente transformação, utilizava-se a doutrina da designação fonte formal mediata para indicar as fontes manejadas em caso de omissão legislativa, quais sejam, **analogia**, **costumes** e **princípios gerais do direito**. O art. 4º, da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) e art. 126, CPC/73 assim preceituavam:

> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
>
> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Dizia-se, ainda, que nesses artigos havia uma ordem a se seguir. Primeiro, deveria buscar a analogia. Após, buscar-se-ia os costumes e, ao fim, os princípios gerais do direito. Vejamos os conceitos.

A **analogia** consiste na aplicação de uma norma legal reguladora de um caso para uma outra situação similar, em decorrência da ausência de norma para este caso concreto sob análise. Diferencia-se ainda analogia *legis* (criação de uma norma ao caso concreto com base em outra norma) e analogia *iuris* (criação da norma ao caso concreto com base em todo o ordenamento jurídico).

Os **costumes**, por sua vez, caracterizam-se pelo binômio: a) elemento objetivo - prática reiterada; b) elemento subjetivo (opinio iuris) – convicção de que aquela prática é obrigatória.

Os **princípios gerais do Direito** eram considerados como aquelas normas que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. São exemplos os seguintes: "o direito não socorre aos que dormem"; "ninguém pode ser beneficiado pela própria torpeza"; "o alegado e não provado é como não alegado".

Por fim, alguns ainda elencavam a **equidade** como fonte formal indireta. Consoante afirma o art. 140, parágrafo único, CPC (antigo art. 127, CPC/73), a equidade pode ser utilizada no direito apenas quando houver expressa autorização legal. Abaixo listo algumas hipóteses em que ela é permitida:

a) relações de consumo (art. 7º, CDC)

b) juizados especiais (art. 6º, Lei 9.099/95)

c) arbitragem (art. 2º, Lei n. 9.307/96), salvo quando a Administração Pública for parte

d) jurisdição voluntária (art. 723, parágrafo único, CPC)

e) justiça do trabalho (art. 8º, CLT)

f) direito tributário (art. 108, IV, CTN)

g) direito civil (art. 413, 479, 738, p.ú., 928, p.ú., 944, p.ú, 953, p.ú, todos do CC)

Como **fonte não formal ou materiais** (sem força vinculante), elencavam-se a **doutrina** e a **jurisprudência**.

A doutrina é formada pelo conjunto de lições dos jurisconsultos acerca do Direito Processual Civil.

A jurisprudência, a seu turno, segundo Miguel Reale[51], deve ser entendida como a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.

Ocorre que esse posicionamento, tendo em vista os influxos do Neoconstitucionalismo, que rechaçou, por exemplo, essa utilização dos princípios gerais do direito como fonte mediata (utilizável apenas na omissão legislativa), bem como o novo enfoque do NCPC dado à Jurisprudência, mais especificamente aos precedentes vinculantes, é possível falar, atualmente, na teoria moderna das fontes do Direito Processual Civil.

Segundo a doutrina moderna, poderíamos fazer a seguinte subdivisão:

a) Formais: podendo ainda ser subdividida em:

i- Imediata ou Direta: lei lato sensu (Constituição, lei federal ordinária, lei estadual, tratados internacionais, regimentos internos dos Tribunais), princípios, Jurisprudência (mais especificamente os precedentes vinculantes).

ii- Mediata ou Indireta: analogia, costumes, equidade.

b) Materiais (ou não formais): doutrina.

Da divisão proposta acima, pode-se perceber duas mudanças:

1ª mudança: princípios gerais do Direito

Com o Constitucionalismo Contemporâneo (oriundo do 2º pós guerra), e a mudança já vista na teoria das fontes, é possível conceber o gênero normas composto de duas espécies, regras e princípios.

Os princípios, nessa quadra, são mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, considerando as condições fáticas e jurídicas subjacentes. Tais princípios, dada a sua condição deontológica (dever-ser), devem ser tidos como fontes formais diretas e não aplicados apenas em casos de omissão legislativa.

Ademais, há uma outra crítica mais profunda, proveniente de Lênio Streck[52]:

> "no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias do positivismo do século XIX. Eles

[51] Lições Preliminares de Direito, 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
[52] [52] Passagem do livro **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**; Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012, p. 133, 139.

> foram introduzidos no Direito como um 'critério positivista de fechamento do sistema', visando a preservar, assim, a 'pureza e a integridade' do mundo das regras".

Ele menciona que os princípios gerais do direito consistiam em uma autorização para o juiz decidir de forma discricionária. Permitia-lhe sair do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado. Ao revés, os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade, uma vez que exigem responsabilidade do juiz em aplicar o direito com *integridade* e *coerência* (na linha de Dworkin), sem se valer de convicções morais pessoais e voluntarismos.

2ª mudança: mudança da jurisprudência como fonte não formal para fonte formal imediata

Como salienta Elpídio Donizetti[53], "com o advento do NCPC, superada está a controvérsia sobre a admissão da jurisprudência como fonte do Direito".

Passou-se a adotar um sistema de precedentes judiciais vinculantes, consoante se observa do art. 927, CPC. Vejamos:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais **observarão**:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;
>
> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Sobre o assunto, surgiram duas correntes a respeito da constitucionalidade ou não dessa criação pelo NCPC:

1ª **corrente**: Há quem diga que a criação de precedentes vinculantes não previstos na CRFB (ex: súmula vinculante e decisão em controle concentrado de constitucionalidade – art. 102, § 2º e 103-A, CRFB) seria inconstitucional. Somente a CRFB poderia atribuir eficácia vinculante. É a posição de Marcus Vinicius Gonçalves[54].

2ª corrente: A doutrina é majoritária no sentido de que não há qualquer inconstitucionalidade na criação de precedentes vinculantes pelo NCPC.

[53] Curso Didático de Direito Processual Civil, 20ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 6.
[54] Op. Cit. p. 57.

A respeito do supracitado art. 927, a doutrina[55] vem construindo escalonamentos de vinculação dos precedentes. Assim, haveria em nosso sistema diversas formas de eficácia no que diz respeito à força dos precedentes:

✓ Precedentes **Vinculantes** (*binding precedent*) – Precedente típico do common law. No Brasil, os vinculantes são apenas aqueles que se desrespeitados geram direito de ajuizamento de Reclamação Constitucional (art. 988), quais sejam: decisões do **STF** tomadas em **controle de constitucionalidade**, **súmulas vinculantes**, **IRDR**, **IAC** e **Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos**.

✓ Precedentes **Obrigatórios** – são os demais precedentes do próprio tribunal, como **súmulas não vinculantes** e **jurisprudência dominante** que deve ser convertida em súmula. Eles promovem a aceleração do julgamento, como decisões monocráticas e julgamento liminar de improcedência (súmula de tribunal local).

✓ Precedentes **Persuasivos** (*persuasive precedent*) – são todos os demais precedentes, de órgãos fracionários do próprio tribunal ou de outros tribunais. Ex: TJAM – julgamento pode ser persuasivo para o juiz do TJDFT.

Tudo bem, é indiscutivelmente fonte a Jurisprudência (principalmente os precedentes). Mas é preciso saber algumas coisas.

Primeiro, qual a diferença entre eles?

Decisão judicial é um ato de pronunciamento do juiz, de conteúdo decisório, dentro de um processo de natureza jurisdicional.

O precedente é uma decisão judicial verificada à luz do caso concreto, capaz de persuadir decisões futuras sobre temas iguais ou semelhantes.

Jurisprudência, segundo Miguel Reale[56], deve ser entendida como a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Essas decisões *podem ser precedentes ou não*.

Quais os exemplos desse reforço da Jurisprudência e dos Precedentes?

Art. 332	Improcedência liminar quando o pedido contrariar precedentes obrigatórios
Art. 496, § 4º	Dispensa de remessa necessária
Art. 521, IV	Dispensa de caução

[55] Por todos, vejam artigo de Eduardo Talamini: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15

[56] Lições Preliminares de Direito, 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Art. 932, IV, V	Possibilidade de o relator negar ou dar provimento ao recurso monocraticamente
Art. 966, § 5º	Ação rescisória contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.
Art. 988, III e IV	Reclamação – alargamento das hipóteses
Art. 1.040, IV	Comunicação às agências reguladoras para que elas cumpram o precedente obrigatório
Art. 927, §§ 3º e 4º	a possibilidade de modulação dos efeitos e a exigência de fundamentação adequada e específica quando da alteração de entendimentos jurisprudencial fixado em casos repetitivos

Quem define se uma decisão judicial é um precedente?

Nos países *common law* (EUA e Inglaterra, por exemplo), quem define se uma decisão se tornará precedente são os juízes de primeiro grau, que começam a seguir uma determinada judicial de corte superior, de modo que, com o tempo, a questão acaba se solidificando.

No Brasil, ao contrário, são as próprias cortes superiores que dizem o que é um precedente.

Ex1: Quando o STF, nos termos do art. 103-A, CRFB, edita uma súmula vinculante, já está dizendo o que será o precedente, bem como que esse precedente terá não apenas força persuasiva, mas sim força obrigatória.

Ex2: Quando o STJ ou STF, nos termos dos arts. 1.035 e 1.036, CPC, decide um recurso repetitivo, também já diz o que será considerado precedente, bem como impõe a obrigatoriedade de sua observação pelos demais juízes e tribunais (art. 927, CPC).

Ex3: Com o IRDR (art. 976), o mesmo irá acontecer também no âmbito dos tribunais regionais e tribunais de justiça.

Conclui-se que, enquanto no Brasil o fenômeno ocorre de cima para baixo, nos países da *common law* a sua ocorrência se verifica de baixo para cima.

O que na decisão configura o precedente?

Precedente é identificado na *ratio decidendi* e não nos argumentos lançados *obiter dictum*.

O que é isso?

Ratio decidendi (holding) é o princípio jurídico que consta da motivação da decisão. Correspondem aos fundamentos definitivos para decidir, à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros.

Os demais argumentos que não são relevantes para a causa são chamados de *obiter dictum*. É parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes.

Mas como separar a *ratio decidendi* do *obiter dictum*?

Existem alguns métodos, como *teste de Wambaugh, teste de Goodhart.*

Mas acho que estamos indo longe demais!!! Essa aula ficará para o final do curso, quando tratarmos da sistemática recursal e dos precedentes vinculantes.

O que importa saber, por ora, é que a Jurisprudência é fonte inegável do Direito. **Ficou claro o enfoque do novo CPC à segurança jurídica e ao respeito às decisões dos tribunais superiores**[57][58].

Como **fontes formais mediatas ou indiretas** (analogia, costume e equidade) e **fonte não formal** (doutrina), remete-se o aluno para os conceitos já destrinçados no tópico anterior.

3.3 - Competência para criação do Direito Processual Civil

Em regra, apenas a União está autorizada a produzir/criar normas de Direito Processual Civil (art. 22, I, CR).

ATENÇAO: A Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre matéria específica de interesse local (art. 22, parágrafo único, CRFB/88).

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

---

[57] A título de curiosidade, a Min. Ellen Gracie conta uma passagem curiosa de sua vida. Nos EUA, chegando ao hotel, pediu que lhe fosse entregue um papel contendo as tarifas que deveria pagar quando de sua saída, para se precaver. No dia seguinte, ao fechar a conta, a recepcionista não cobrou uma daquelas tarifas. Ao indagar do porquê, a funcionária afirmou que no dia anterior a Suprema Corte tinha declarado inconstitucional aquela tarifa. Vejam o respeito imediato que as pessoas, empresas e órgãos têm às decisões da Suprema Corte.

[58] Outra curiosidade: em palestra de um professor alemão em na UFMG, foi-lhe perguntado o que ocorre na Alemanha se um juiz de primeiro grau desrespeita uma decisão do Tribunal Constitucional, isto é, se existia algo similar à reclamação do direito brasileiro. O Professor ficou sem entender a pergunta, pois lá é inconcebível o desrespeito à decisão de Tribunal Superior.

> **Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.**

Ademais, lembrem-se que o art. 24, incisos IV, X e XI, CRFB dispõem que:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> IV - custas dos serviços forenses;
>
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
>
> XI - procedimentos em matéria processual[59];

No tocante ao **inciso XI**, a dificuldade é saber quais seriam normas de processo e de procedimento. Veja o quanto influencia a definição de processo.

Veremos mais à frente do curso as diversas concepções de processo. Dentre elas, temos a concepção de processo como contrato; quase contrato; relação jurídica, situação jurídica; procedimento em contraditório, entidade complexa etc.

A depender da corrente que se adote, a interpretação desse artigo ficará ainda mais complicada. Se entendermos o processo como procedimento em contraditório, aqui poderia haver abertura à criação pelos estados das normas processuais.

Contudo, como a doutrina **majoritária** entende que processo é **entidade complexa**, não há essa abertura aos Estados legislarem sobre **processo**.

A fim de interpretar os dispositivos, Vicente Greco aduz que por "*procedimentos em matéria processual devem-se entender os procedimentos administrativos de apoio ao processo, e não o procedimento judicial, já que este é indissociável do processo*". Ex: Estado poderia regular o procedimento administrativo para arquivamento, desarquivamento dos autos; procedimento administrativo para remessa à imprensa oficial etc.

No que tange ao inciso X, Alexandre Câmara diz que não há como negar o caráter de fonte do Direito Processual às leis estaduais. Poderiam os Estados legislar sobre processo nos juizados, instituindo, por exemplo, regras quanto à assistência judiciária pela Defensoria Pública, ou a forma de se realizar a execução perante aqueles órgãos, desde que tais normas não sejam contrárias às gerais editadas pela União.

Além dessa competência concorrente, a CRFB atribui aos Estados a incumbência de organizar sua própria justiça, editando leis de organização judiciária (art. 125, § 1º), bem como dispor sobre competência dos tribunais e

[59] Importante salientar que, em 2018, o Estado de Pernambuco foi o 1º a criar esse código de procedimentos em matéria processual (Lei n. 16.397/18). https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2018/07/codigo-de-procedimento-pe.pdf

sobre a declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais (art. 125, § 2º).

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
>
> § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.
>
> § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Saliente-se, ainda, que os regimentos internos dos tribunais estaduais influenciam diretamente no direito processual ao estabelecer ritos para determinados recursos, como o agravo regimental, por exemplo.

3.4 – Medida Provisória no Direito Processual Civil

As medidas provisórias constituem uma espécie normativa peculiar. Ao contrário da regra, elas são criadas pelo Presidente da República, pelo Governador ou pelos Prefeitos, ou seja, pelo Poder Executivo. Em razão disso, a medida provisória tem validade por 60 dias, prorrogáveis por outros 60 dias, e será editada apenas em situações de relevância e de urgência. Passado esse período, se a medida provisória não for convertida em lei, perderá sua eficácia.

Por conta de todas essas questões específicas, há vedação no Texto Constitucional para a edição de tal espécie normativa para disciplinar o Direito Processual Civil, nos termos do art. 62. §1º, I, da CF:

> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.
>
> §1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
>
> I – relativa a:
>
> b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Portanto...



É VEDADO À MEDIDA PROVISÓRIA DISPOR SOBRE DIREITO PPROCESSUAL CIVIL.

3.5 - Interpretação do Direito Processual Civil

Interpretar significa explicar, explanar ou aclarar o sentido de palavra, expressão ou texto. Sua finalidade é extrair do texto uma norma e o seu real significado, bem como verificar em quais casos aquela norma se aplica ou não.

Adianta-se que a interpretação da lei processual segue os mesmos critérios e alcança os mesmos resultados que a interpretação das leis em geral.

A doutrina divide a as formas de interpretação quanto aos **sujeitos** (fonte); aos **meios** e aos **resultados**.

a) Quanto aos sujeitos

i - Autêntica

É a que emana do próprio órgão competente para a edição do ato interpretado. Assim, se este emanou do Poder Legislativo, interpretação autêntica é a que for objeto de uma norma emanada daquele Poder sobre o conteúdo do ato anterior.

ii- Doutrinária:

Conjunto de lições dos jurisconsultos acerca do Direito.

ATENÇÃO: exposição de motivos é um exemplo de interpretação doutrinária (ex: CPC), ao contrário do CPP, cuja exposição de motivos tem força de lei.

iii- Jurisprudencial:

É a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. Essas decisões *podem ser precedentes ou não*.

b) Quanto ao modo

i- Gramatical:

Permite a interpretação da norma por meio da verificação do sentido literal das palavras e frases.

Sabe-se que texto e norma são coisas distintas, como já demonstrou Friedrich Müller. O texto da lei, porém, serve como ponto de partida e também de chegada da norma. Ponto de partida, uma vez que é dele que se extrairá a norma por meio de processos interpretativos diversos. Ponto de chegada, pois, mesmo se adotando métodos distintos e concepções teóricas díspares (ex: Hermenêutica filosófica e Hermenêutica argumentativa), a norma extraída da interpretação não poderá subverter os próprios limites semânticos do texto.

Como exemplo de tal conduta, cita-se a tentativa de enquadrar o art. 52, X, CRFB, no âmbito da mutação constitucional pelo Min. Gilmar Mendes. Tal posição, por ir além dos limites do texto, foi rechaçada pelo STF.

Atenção: Em 2017, porém, o STF voltou atrás e passou a acolher a teoria inicialmente proposta por Gilmar Mendes (STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 - Info 886).

Assim, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF, decisão esta que, mesmo se tomada em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e vinculante.

ii- Teleológica:

Consoante art. 5º, da LINDB, ao se interpretar a norma jurídica, o intérprete deve ter sempre em vista os fins sociais a que a lei se destina, assim como o bem comum.

No Direito Processual Civil, os principais fins sociais estão positivados expressamente. Dentre eles, podemos reiterar as normas fundamentais do Processo Civil (arts. 1º ao 12, CPC), preceituando a necessidade de interpretação deste ramo conforme a Constituição (art. 1º - constitucionalização releitura); promoção da solução consensual dos conflitos (art. 3º), primazia da solução integral do mérito (art. 4º), dever de boa-fé (art. 5º) cooperação entre os atores processuais (art. 6º).

Nesse passo, o art. 8º repete a previsão do art. 5º da LINDB e ainda acrescenta:

> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Além desses fins propostos nos artigos iniciais, temos também como uma das finalidades precípuas do NCPC de garantir a segurança jurídica e isonomia, por meio da sistemática dos precedentes vinculantes (art. 927, IRDR, IAC etc.).

iii- Histórica:

Exige-se que se analisem as normas que regulavam o mesmo instituto antes da vigência da atual, bem como os textos do anteprojeto e do projeto de lei que foram elaborados e que deram origem à lei alvo da atividade interpretativa.

Como exemplo no Processo Civil, temos a limitação de tutela contra a Fazenda Pública.

O primeiro tratamento normativo dado ao tema foi no âmbito da Lei 4.348/64, que limitou os provimentos **cautelares** em MS. Na Lei n. 8.437/92, houve a mesma limitação em relação às **cautelares**.

Contudo, em 1994, por meio do art. 273, CPC/73, houve a permissão genérica de concessão de **antecipação de tutela**. Assim, criou-se a tese de que as limitações de tutela contra a Fazenda Pública eram direcionadas apenas às cautelares e não às antecipações de tutela.

Diante do impasse, a Fazenda advogada a tese de que, por meio de uma **interpretação histórica** das vedações, corroborado pelos anteprojetos das leis que criaram as limitações, essas deveriam se estender para as antecipações de tutela, porquanto o fim precípuo delas era vedar a oneração excessiva da Fazenda

em tutelas concedidas ainda em caráter sumário. A jurisprudência chegou a acatar tal fundamentação, mas ainda não era pacífico.

Com o mote de acabar com essa incerteza, editou-se o art. 1º, Lei n. 9.494/97, estendendo as vedações às antecipações de tutela. Confira-se:

> Art. 1º **Aplica-se à tutela antecipada** prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

iv- Sistemática (ou Lógico-Sistemático):

Interpreta-se o texto inserindo-o em um sistema lógico que concatena o ordenamento jurídico, o qual não admite contradições ou paradoxos.

v- Progressiva ou Adaptativa:

A lei tem que acompanhar a evolução da sociedade, sem parar no tempo, devendo ocorrer as devidas adequações.

Ex: O STF, na ADI 1232, havia considerado constitucional o critério objetivo de aferição da miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social. Contudo, no RE 567985/MT (2013), em face notórias mudanças fáticas e jurídicas ocorridas ao longo dos anos, o STF entendeu diferentemente.

Quanto ao resultado:

i- Declarativa:

A letra da lei corresponde exatamente aquilo que o legislador quis dizer.

Ex: art. 1.009, que afirma "Da sentença caberá apelação".

ii- Extensiva:

Amplia-se o alcance das palavras para que corresponda a vontade do texto.

Ex: na vigência do CPC/73, exigia-se o consentimento do cônjuge do autor para propositura de determinadas demandas (antigo art. 10/atual art. 73). Contudo, silenciava o legislador quanto à união estável. A jurisprudência aplicava a interpretação extensiva nesses casos.

O NCPC, acolhendo referido norte, dispôs no art. 73, § 3º que se aplica o regramento também às uniões estáveis comprovadas nos autos.

PGR/MPF – Procurador da República/2012 - 26º Concurso

Questão 02: (...) II – A interpretação constitucional caracteriza-se como um ato descritivo de um significado previamente dado.

Comentários

A alternativa está incorreta.

Falamos sobre as 9 repercussões do Neoconstitucionalismo. Dentre as transformações na hermenêutica jurídica, temos

i. Distinção entre texto e norma:

A norma jurídica não é o texto normativo, mas, sim, o resultado da interpretação de um texto normativo, isto é, norma é o sentido que se dá a um texto normativo.

ii. A ideia de que toda atividade interpretativa é criativa:

Podemos dizer que o intérprete "recria", já que ele cria a partir de algo. Os juízes, diante do caso concreto, irão interpretar o texto normativo e recriá-lo. Essa ideia repercute muito no processo, pois, para que o processo alcance sua finalidade, é necessário que o juiz dê sentido aos enunciados normativos.

Obs: Vejam explicação histórica nos comentários às questões discursivas.

iii- Restritiva:

Reduz-se o alcance das palavras para que corresponda a vontade do texto.

RESUMINDO

Quanto ao sujeito	Quanto ao modo	Quanto ao resultado
Autêntica	Literal	Declarativa
Doutrinária	Teleológica	Extensiva
Jurisprudencial	Sistemática	Restritiva
	Histórica	
	Progressiva	

PGR/Procurador da República/2012 – 26º Concurso

Assinale a alternativa INCORRETA:

a) A tópica desenvolvida por Theodor Viehweg adota os chamados *"topoi"* (lugares ou premissas comuns) como norte da atividade interpretativa. Os tópicos, por sua vez, cobram o seu sentido sempre a partir do problema a cuja elucidação se destinam.

b) No âmbito da metodologia jurídica, os tipos são regras configuradas conceitualmente, aos quais se aplica a subsunção por via do procedimento silogístico.

c) Para a metodologia concretista, desenvolvida, entre outros, por Friedrich Müller, a interpretação não significa apenas densificar a norma, mas produzir a norma de acordo com a qual o caso é então decidido.

d) A ciência do Direito não pode caracterizar-se como um sistema rigorosamente axiomático, porque este exige um número fechado de conceitos fundamentais, logicamente compatíveis entre si.

Comentários

A alternativa B está incorreta.

A fundamentação do Estado e do Direito na razão e não mais nas leis divinas (que legitimavam os monarcas absolutistas no poder) ganhou força com os filósofos contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) e fomentou a eclosão de diversas revoluções relevantes, dentre as quais Revolução Americana (1776 e Constituição de 1787) e a Revolução Francesa (1789), gerando enormes reflexos no sistema jurídico então vigente.

Pautado na ideia de que a razão e a exatidão dos conceitos pudesse abarcar todos os fatos da vida, o ordenamento jurídico da época experimentou uma intensa fase de codificação (ex: Código de Napoleão de 1804) e a limitação da atividade interpretativa dos magistrados. Com o surgimento da escola de exegese na França (positivismo exegético), jurisprudência dos conceitos na Alemanha e jurisprudência analítica na Inglaterra, os casos submetidos ao Poder Judiciário deveriam ser solucionados por mera subsunção do fato à norma (derivada dos textos legais ou do próprio precedente inglês), sem permissão par que os juízes interpretassem além do texto. O magistrado era um autômato, um "bouce de la loi".

Isso não poderia vigorar por muito tempo. Por óbvio, as leis não davam conta de todos os fatos da vida. A riqueza do real exigia atividade hermenêutica mais intensa e livre. Daí a justificação para o surgimento da escola do direito livre (Duguit) na França, Jurisprudência dos interesses e do valores na Alemanha e realismo jurídico na Inglaterra.

Nesse momento conturbado da viragem do século XIX para o século XX, existiam inúmeras escolas e correntes jurídicas, momento de intenso debate entre as concepções acima citadas. Ademais, a eclosão cultural era intensa e o Direito passou a ser influenciado pelas outras ciências humanas, tais como sociologia, psicologia, filosofia etc.

Com o desiderato de expurgar a influência dessas diversas disciplinas, o teórico de Viena, Hans Kelsen, elaborou a sua "Teoria Pura do Direito" e se tornou, ao lado de Hart, um dos baluartes do positivismo jurídico. Em sua concepção, o Direito como ciência deveria se fechar para essas disciplinas auxiliares e encontrar sistematicidade, completude e fundamentação racional nele próprio. Isso tudo explica a norma hipotética fundamental e a separação que ele faz de Direito e Moral.

Não desprezando sua contribuição teórica para o Direito, algumas de suas formulações precisavam ser melhoradas, sobretudo a separação do Direito e Moral e a permissão da discricionariedade do juiz (no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito, no qual elenca que a lei confere ao magistrado uma moldura, dentro da qual poderá escolher qual opção acredita ser a mais correta para o caso concreto).

Vislumbrando a necessidade de mudança, mormente depois da eclosão das duas grandes guerras[60], exsurgiu no cenário jurídico a corrente pós-positivista, estimulada por teóricos como Radbruch, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Friedrich Müller etc. Estamos, agora, na fase do Neoconstitucionalismo.

Dentre as mudanças promovidas pelo Neoconstitucionalismo (falamos sobre 9), temos uma em especial, que são as transformações na hermenêutica jurídica. Dentro dela, temos 3 características.

i. Distinção entre texto e norma:

A norma jurídica não é o texto normativo, mas, sim, o resultado da interpretação de um texto normativo, isto é, norma é o sentido que se dá a um texto normativo.

Ex: clássico exemplo de Gustav Radbruch de que em uma estação ferroviária havia uma placa que diz "proibida a entrada de cão". Esse é um texto normativo.

Ex1: se um sujeito tenta entrar com cão, será barrado.

Ex2: homem tenta entrar com um urso. Pela lógica formal, em tese, poderia entrar, já que o texto normativo diz apenas cão. Pela lógica do razoável, ao contrário, não poderia entrar, já que a norma extraída daquele texto é no sentido de que haja proibição para qualquer um que entre com animais que possam perturbar terceiros ou prejudicar o transporte em si dos trens que ali partiam e chegavam. Portanto, o homem não poderia entrar com o urso.

[60] Embora comum, é um equívoco dizer que o positivismo normativista de Hans Kelsen proporcionou o nazismo.

Ex3: se um homem cego tenta entrar com seu cão guia, o que deve ocorrer? Mesmo que o texto normativo não abra qualquer exceção, a interpretação que se deve fazer é que o cão guia é o olho do cego. Portanto, não deverá haver proibição.

Percebam, com esse exemplo, que o texto normativo não é a mesma coisa que a norma que se possa extrair dele.

ii. A ideia de que toda atividade interpretativa é criativa:

Podemos dizer que o intérprete "recria", já que ele cria a partir de algo. Os juízes, diante do caso concreto, irão interpretar o texto normativo e recriá-lo.

iii. Surgimento das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade:

As máximas da proporcionalidade e da razoabilidade redefiniram como se deve fazer a interpretação.

Não se concebe mais o ato interpretativo como apenas operações puramente lógicas, formais, silogísticas (Letra B).

Ex: do ponto de vista formal, o cão guia é cão, e teria sua entrada na sala proibida. No entanto, essa interpretação seria absolutamente irrazoável.

Dentro dessa temática, afirma Lucas de Morais Gualtieri[61]:

Com o passar do tempo e a partir da percepção de que o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição, constitui-se um sistema aberto de regras e princípios, deixando de oferecere uma única resposta, mas ao contrário, afigurando-se como ponto de partida para uma série de interpretações possíveis, a ideia de que o texto ("tipo") é unívoco vai sendo superada.

Nesse sentido, várias teorias passam a explicar o processo hermenêutico, com destaque para a Tópica de Theodor Viehweb. Para ele, a interpretação só se pode dar a partir do caso concreto. Além disso, o processo interpretativo é eminentemente argumentativo, devendo ser aceitos, a priori, como igualmente válidos, todos os topoi (ou soluções possíveis) até que um deles, confrontando com os demais no caso concreto, mostre-se dotado do melhor argumento, prevalecendo naquela oportunidade.

Em muitos aspectos semelhantes ao método tópico-problemático de Viehweg, é a metodologia concretista ou hermenêutico concretizador (Friedrich Müller).

Assim como na Tópica, Müller reconhece que a concretização da norma se dá a partir de sua aplicação concreta. Todavia, acrescenta o entendimento de que o significado do texto constitucional não pode ser extraído, senão a partir das pré-compreensões do intérprete, que se vale das possíveis interpretações dadas pelo texto para, a partir dele, fundi-lo à sua realidade histórica, extraindo da norma, ou o significado do texto no caso concreto.

Com a resposta acima também seria possível responder a questão do 28º concurso.

PGR/Procurador da República/2015 – 28º Concurso

Dentre os enunciados abaixo, estão incorretos:

I - A jurisprudência dos valores, em sua corrente atual, defende a aproximação entre direito e moral, desde que os princípios morais sejam incluídos no ordenamento por uma das fontes jurídicas: a legislação ou a jurisprudência dos tribunais;

II - Para a tópica "pura", assim considerada a metodologia jurídica de Theodor Viewheg, o sistema é apenas mais um topos a ser levado em conta na busca da decisão para o caso concreto;

III - Para a "teoria estruturante", de Friedrich Muller, e possível o raciocínio orientado para o problema, desde que não ultrapasse o texto da norma;

[61] Concurso para Procurador da República: Comentários das questões objetivas dos 26º e 27º concursos, Salvador: Juspodivum, 2015.

IV - A "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição", expressão cunhada por Haberle, além de ser um processo de interpretação que permite ao julgador mais elementos para a tomada de decisões, tem pertinência, em matéria de direitos humanos, pelo fato destes também regerem as relações horizontais entre os indivíduos.

Comentários

Apenas a alternativa I está incorreta, porquanto a jurisprudência dos valores surgiu na Alemanha com Ihering, bem antes do neoconstitucionalismo propugnar pela religação do Direito e Moral.

Ainda, a corrente atual dessa jurisprudência não exige que a moral venha pela legislação, mas sim pela aplicação nos casos concretos.

Quanto ao item IV, pela teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Häberle, autor alemão), a Constituição e o ordenamento devem ser interpretados não apenas pelos operadores do Direito, mas sim por todos os membros da sociedade. O *amicus curiae* e as audiências públicas são dois exemplos clássicos de concretização dessa visão do mencionado autor alemão e de abertura do Poder Judiciário aos cidadãos.

3.6 - Integração da Lei Processual:

Salienta-se que integração não se confunde com interpretação. Enquanto, interpretação significa explicar, explanar ou aclarar o sentido de palavra, expressão ou texto, integração é a atividade de suprir lacunas.

Consoante art. 126, CPC/73 e art. 140, CPC/2015, ao juiz não é dado eximir-se de julgar alegando a existência de lacunas (é proibido o *non liquet*).

> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> Art. 127. O juiz só decidirá por eqüidade nos casos previstos em lei.
>
> Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
>
> Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Se o juiz não encontrar solução no ordenamento jurídico posto, deverá recorrer aos métodos de integração.

Sobre ele, porém, já falamos no tópico anterior, ao qual remetemos os alunos. Ali, tratamos da analogia, costumes, equidade e princípios gerais do direito, bem como das críticas e peculiaridades de cada um.

3.7 - Lei Processual Civil no Espaço

Em quais limites territoriais se aplica a lei processual brasileira?

Segundo art. 16, CPC, aplica-se sobre todo o território nacional (princípio da territorialidade).

> Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes e pelos tribunais em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.

Como diz Carnelutti, o processo se rege pela norma do Estado a que pertença o órgão jurisdicional que o conduz (*lex fori*). Como a jurisdição constitui uma das expressões da soberania nacional, ela é regrada pelas normas do ordenamento jurídico pátrio.

O art. 13, por sua vez, reforça que a jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvada a possibilidade de aplicação de disposições de tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte.

> Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

Tal dispositivo é uma decorrência do art. 5º, § 2º, CRFB, que aduz:

> Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Lembra-se que, para ser aplicado no âmbito interno, o tratado tem de ser incorporado ao nosso ordenamento jurídico. E, para tanto, é preciso passar por **4 etapas**: i- negociação e assinatura (art. 84, VIII, CRFB); ii- aprovação do Congresso por meio de decreto legislativo (art. 49, I, CRFB); iii- ratificação pelo Presidente; iv- promulgação do texto do tratado mediante decreto presidencial.

Sobre a temática, é importante salientar a existência de três esferas hierárquicas em nosso ordenamento quanto aos tratados:

a) *status constitucional (art. 5º, § 3º, CRFB):* tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, aprovados nas duas casas do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros;

b) *status supralegal* (RE 466.343-SP e HC 90.172-SP): tratados sobre direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário, não perpassando pelo rito da letra "a".

c) *status legal*: tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos são equivalentes às leis ordinárias, com fulcro no art. 102, III, "b", CRFB (RE 80.004/SE).

Sobre a leitura da ressalva feita pelo art. 13, a doutrina se divide:

1ª **corrente**: Adotam a tese da supralegalidade, em que, havendo conflito entre tratado internacional e lei federal que verse sobre processo, prevalecerá o tratado internacional. É a posição de Ronaldo Cramer.

2ª **corrente**: Adotam a tese de que o tratado terá hierarquia equivalente às normas ordinárias e prevalecerá, no caso, não por ser supralegal, mas sim pelo critério da especialidade.

Afirma Paulo Cezar Pinheiro[62]:

[62] **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**/Teresa Arruda Alvim Wambier [et al.] coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

> A leitura do dispositivo pode indicar que as disposições previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais ratificados pelo Brasil têm hierarquia superior às normas ordinárias processuais brasileiras. Todavia, não é isso que ocorre.
>
> Na eventual existência de conflito entre norma nacional e norma estrangeira internalizada, recorrer-se-ão aos critérios tradicionais de resolução de antinomias, quais sejam, especialidade e antiguidade (art. 2º, § 2º, LINDB).

Essa segunda corrente se compatibiliza com que os tributaristas, em geral, afirmam sobre o art. 98 do CTN. Diz Luciano Amaro que o conflito entre a lei interna e o tratado resolve-se, pois, a favor da norma especial (tratado), tornando-se indiferente que a norma interna seja anterior ou posterior ao tratado.

Referida corrente também vai na linha do art. 85-A, Lei n. 8.212/1991:

> Art. 85-A. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes, e que versem sobre matéria previdenciária, **serão interpretados como lei especial**. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

Iremos acompanhar o desenvolvimento doutrinário a respeito do tema, mas, por ora, indica-se optar pela 2ª corrente em provas.

Ainda sobre a lei processual civil no espaço, vale fazer **quatro** observações:

Obs1: Sendo necessária colheita de provas no exterior, o art. 13, LINDB permite a utilização das leis processuais de outro país. Para isso, é preciso que a prova a ser colhida não seja proibida no direito brasileiro.

Obs2: o art. 10, LINDB permite a aplicação das regras do país estrangeiro na hipótese de sucessão por morte ou por ausência, desde que as regras do outro país sejam favoráveis ao cônjuge ou filhos brasileiros. Aqui, aplicam-se as regras materiais do país do *de cujus,* mas o inventário tramitará em conformidade com a lei processual civil brasileira.

Obs3: para que os processos que tramitem no exterior tenham validade no território nacional, a sentença estrangeira deve ser homologada perante o STJ (art. 105, I, "i", CRFB). As cartas rogatórias estrangeiras também devem passar pelo STJ, que concederá *exequatur,* a ser concretizada pelo juiz federal (art. 109, CRFB). Lembre-se que o NCPC previu o auxílio direto, que dispensará esse intermédio pelo STJ. Abordaremos o assunto mais à frente.

Obs4: o art. 16, da LACP estabelece que:

> Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. *(Redação dada pela Lei nº 9.494/97)*

O artigo quis dizer que a decisão do juiz na ação civil pública não produz efeitos no Brasil todo. Ela irá produzir efeitos apenas na comarca (se for Justiça

Estadual) ou na seção ou subseção judiciária (se for Justiça Federal) do juiz prolator.

O STJ, após várias divergências, entendeu que:

> **A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas NÃO deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão.** STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

O Min. Luis Felipe Salomão, no REsp 1.243.887/PR, já em julgado da Corte Especial, julgado em 19/10/2011, criticava tal dispositivo, asseverando:

> A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível.
>
> É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*.
>
> A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.
>
> A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.
>
> A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial."

Portanto, a conclusão que se tem hoje é que, consoante STJ, **não há, não existe a limitação do art. 16 da LACP**.

3.8 - Lei Processual Civil no Tempo

Sabe-se que se a lei não previr seu prazo de vacatio legis, aplica-se o art. 1º da LINDB, cuja redação é a seguinte:

> Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país **quarenta e cinco dias** depois de oficialmente publicada.

> § 1º § 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. (Vide Lei nº 1.991, de 1953) (Vide Lei nº 2.145, de 1953) (Vide Lei nº 2.410, de 1955) (Vide Lei nº 2.770, de 1956) (Vide Lei nº 3.244, de 1957) (Vide Lei nº 4.966, de 1966) (Vide Decreto-Lei nº 333, de 1967) (Vide Lei nº 2.807, de 1956) (Vide Lei nº 4.820, de 1965)
>
> § 2º (Revogado pela Lei nº 12.036, de 2009).
>
> § 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.
>
> § 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

No Novo CPC, não se aplica o dispositivo supramencionado, já que o art. 1.045 já previu que a norma entraria em vigor **decorrido 1 ano de sua publicação**.

No que toca ao dia da entrada em vigor, já vimos no item que entrou no dia 18/03/2016.

Ademais, quanto ao debate sobre se algumas normas já poderiam ser aplicadas durante o período de vacatio, já vimos que, segundo Didier, deveria ser feita uma diferenciação entre: a) norma jurídica nova; b) pseudonovidade; c) norma simbólica.

Dito isso, vale dizer que as normas processuais novas se aplicam aos processos pendentes. É a previsão dos art. 14 e 1.046, CPC.

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Em tema de direito processual intertemporal, vale lembrar que a doutrina[63] aponta três sistemas:

a) unidade processual, que estabelece que o processo em trâmite continue a ser regido pelo ordenamento em vigência na data de sua instauração (adotado pelo CPC/39, art. 1.047, § 1º);

b) fases processuais (postulatória, instrutória e decisória), que determina que deve ser aplicada a lei anterior até o final da fase, passando a valer, em seguida, as novas disposições;

c) isolamento dos atos processuais, que se assenta na aplicação imediata da lei processual, incidindo as regras tão logo se dê a entrada em vigor da nova legislação, inclusive em relação aos processos pendentes (art. 1.046, CPC).

[63] FREIRE, Rodrigo; CUNHA, Maurício. **Novo Código de Processo Civil para Concursos: Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos**, 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 69.

No NCPC, prevalece a **teoria do isolamento dos atos processuais**, pelo que a lei nova, respeitando os atos já praticados, disciplina aqueles que virão a ser praticados dali em diante (*tempus regit actum*).

Isso se dá pela compreensão de que cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção, não podendo a lei nova atingir um ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CRFB)[64].

O entendimento unânime é que, desde o momento da **publicação[65]** da decisão, surge o direito das partes de interpor o recurso, sendo o recurso regido pela lei pretérita.

Ex1: mesmo que o NCPC tenha extinto os embargos infringentes, se até 17/03/2016 fosse publicado acórdão não unânime, a parte teria direito aos embargos infringentes.

Ex2: No julgamento desse recurso, não poderá o Tribunal arbitrar honorários. Considerando que os honorários sucumbenciais recursais são um novo instituto, um elemento econômico desmotivador para a interposição de recurso, não se pode conferir eficácia retroativa ao seu conteúdo em razão da impossibilidade de prejudicar a parte em razão de ato praticado antes do início da vigência da nova lei.

Assim conforme enunciado n. 7, STJ, a majoração da verba honorária na fase recursal somente pode ser aplicada aos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, início da vigência do Novo CPC.

Vejam o entendimento do STJ a respeito do assunto.

> **Enunciado administrativo número 2**
>
> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
>
> **Enunciado administrativo número 3**
>
> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.
>
> **Enunciado administrativo número 4**
>
> Nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos

[64] Por isso se questiona a súmula 205, STJ que diz: A lei 8.009/90 aplica-se à penhora realizada antes de sua vigência. Muitos sustentam que tal entendimento viola a CRFB, mas o STJ é pacífico pela sua plena aplicação.
[65] Se decisão for proferida em audiência ou sessão, considera-se publicada naquele ato. Se proferida em gabinete, considera-se publicada quando da juntada aos autos pelo escrivão ou chefe de secretaria. Não se pode confundir com a intimação. Publicar é tornar a decisão pública.

pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial.

Enunciado administrativo número 5

Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC.

Enunciado administrativo número 6

Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015(relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal.

Enunciado administrativo número 7

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

MPE-BA/MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto/2018

O Código de Processo Civil (CPC), cuja entrada em vigor se deu no dia 18 de março de 2016, portanto um ano após a sua publicação, trouxe à tona a problemática da aplicação da lei no tempo. Sendo o arcabouço jurídico do Código de Processo Civil destinado à regular a relação processual, é correto afirmar que

a) a lei passou a ser aplicada apenas aos processos ajuizados depois da sua entrada em vigor, sem retroatividade, em atenção à unidade processual e à validade dos atos processuais já praticados, evitando, com isso, a utilização de duas normas no mesmo processo.

b) os atos que estavam pendentes nos processos em curso no momento da sua entrada em vigor se sujeitaram à nova lei processual, mas foi preservada a eficácia dos atos processuais já praticados na égide da lei antiga, aplicando a teoria do isolamento dos atos processuais.

c) as fases postulatória, probatória, rescisória e recursal, por serem independentes e compostas de atos inseparáveis, implicaram a incidência da nova lei, mas apenas aos atos do processo cuja fase não tenha sido iniciada.

d) aplicou a teoria da unidade processual, segundo a qual a lei nova deve incidir sobre todos os atos processuais praticados e a praticar no processo em curso, refazendo-se aqueles realizados em desconformidade com a nova lei.

e) o novo CPC aplicou a teoria da unidade processual, incidindo a sua aplicação sobre os atos já praticados e os por vir a ser, repetindo aqueles efetivados em desacordo com a nova regra processual.

Comentários

A alternativa B está correta. Ela trata da Teoria do Isolamento dos Atos, sistema o qual espeita os atos processuais já realizados, somente aplicando a lei processual nova àqueles atos processuais vindouros, a ser praticados sob a égide do novo diploma.

VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC

Enunciado 267. Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado.

Enunciado 268. A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código.

Enunciado 275. Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 2º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior.

Enunciado 341. O prazo para ajuizamento de ação rescisória é estabelecido pela data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, de modo que não se aplicam as regras dos §§ 2 º e 3º do art. 975 do CPC à coisa julgada constituída antes de sua vigência.

Enunciado 399. Os arts. 180 e 183 somente se aplicam aos prazos que se iniciarem na vigência do CPC de 2015, aplicando-se a regulamentação anterior aos prazos iniciados sob a vigência do CPC de 1973.

Enunciado 564. Os arts. 1.032 e 1.033 devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento.

Exceções à teoria do isolamento dos atos processuais:

i- Coisa julgada das questões prejudiciais (art. 503, §1º, CPC) só se aplica para processos ajuizados após 18 de março de 2016.

ii- Os processos pendentes (não sentenciados) do rito sumário e especial revogados continuam tramitando normalmente. Trata-se de ultratividade da lei processual civil revogada (art. 1.046, § 1º, CPC).

Por outro lado, para processos ajuizados a partir de 18/03/2016, reger-se-ão pelo procedimento comum, procedimento este que fundiu o procedimento ordinário e sumário.

iii- O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em do NCPC.

iv- Como os juizados também julgavam demandas cujo rito era o sumário, em algumas hipóteses (art. 275, II, CPC/73 c/c art. 3º, II, Lei 9.099/95), a competência prorrogará até a edição de lei específica (art. 1.063, CPC).

Obs: O fato de vigorar ainda o CPC 73 no que tange à insolvência civil (art. 1.052, CPC) não é uma exceção à teoria do isolamento dos atos, porquanto não houve previsão do NCPC quanto ao tema. A partir do momento em que lei futura disciplinar o assunto, haverá a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais (art. 1.052, CPC).

O Min. Luiz Fux, em sua obra[66], elenca diversas hipóteses de situações jurídicas geradas pela incidência da lei nova. Vejamos:

> 1. A lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes; respeitados os direitos subjetivo-processuais adquiridos, o ato jurídico perfeito, seus efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei, bem como a coisa julgada;
>
> 2. As condições da ação regem-se pela lei vigente à data de propositura;
>
> 3. A resposta do réu, bem como seus efeitos, rege-se pela lei vigente na data do surgimento do ônus da defesa pela citação.

[66] FUX, Luiz. Teoria Geral do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

4. A revelia, bem como os efeitos, regulam-se pela lei vigente na data do escoar do prazo da resposta;

5. A prova do fato ou do ato quando ad solemnitatem, rege-se pela lei vigente na época da perectibilidade deles, regulando-se a prova dos demais atos pela lei vigente na data da admissão da produção do elemento da convicção conforme o preceito mais favorável à parte beneficiada pela prova;

6. A lei processual aplica-se aos procedimentos em curso, impondo ou suprimindo atos ainda não praticados, desde que compatível com o rito seguido desde o início da relação processual e eu não sacrifique os fins de justiça do processo;

7. A lei vigente na data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos da admissibilidade dos recursos;

8. A execução e seus pressupostos regem-se pela lei vigente na data da propositura da demanda, aplicando-se o preceito número seis aos efeitos e de procedimentos executórios em geral;

9. Os meios executivos de coerção e de sub-rogação regem-se pela lei vigente na data de incidência deles, regulando-se a penhora, quanto aos seus efeitos e objeto, pela lei em vigor no momento em que surge o direito à penhorabilidade, com o decurso do prazo para pagamento judicial; Em geral o problema da eficácia temporal da lei tem solução uniforme respeitado seu prazo de vacatio legis, terá aplicação imediata e geral, respeitados, os direitos adquiridos o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

10. Os embargos e seus requisitos de admissibilidade regem-se pela vigente na data de seu oferecimento;

11. O processo cautelar, respeitado o cânone maior da irretroatividade, rege-se pela lei mais favorável à conjuração do periculum in mora quer em defesa do interesse das partes, quer em defesa da própria jurisdição.

Na oportunidade, vale citar também os enunciados do FPPC:

Enunciado 267: (arts. 218, e 1.046). Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias)

Enunciado 268: (arts. 219 e 1.046). A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias)

Enunciado 275: (arts. 229, §2º90, 1.046). Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, §2º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior. (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias; redação alterada no V FPPC-Vitória)

MPE-BA/MPE-BA – Promotor de Justiça Substiuto – Anulada/2018

Sobre o Direito Processual Civil, não seria correto afirmar:

a) O Direito Processual Civil possui natureza de Direito público e possui inter-relacionamento com o Direito constitucional muito bem expresso no capítulo III, da Constituição Federal que trata do Poder Judiciário.

b) São constitucionais os pressupostos básicos atinentes ao recurso extraordinário e ao recurso especial, embora possa a União, em matéria processual, sobre eles legislar.

c) São fontes do Direito Processual Civil, além da própria Constituição Federal, as codificações, as leis de organização judiciária dos estados, leis processuais esparsas, além dos regimentos internos dos tribunais de justiça.

d) A lei estrangeira não pode determinar a forma processual a ser aplicada no Brasil, embora o juiz possa utilizar-se de prova alienígena para decidir a causa, sem valorá-la, porquanto rege-se a sua produção pela lei que nele vigorar

e) Sobre a aplicação da lei processual no tempo, diverso das condições da ação que é regulada pela lei vigente quando da propositura da ação, à resposta do réu é aplicada aquela em vigor quando do surgimento do ônus da defesa produzido pela citação.

Comentários

A alternativa A está correta. O capitulo III entre os artigos 92 e 126 da CF dispõe sobre a organização judiciária. Ademais, como vimos nesta aula, o NCPC é baseado no neoconstitucionalismo/neoprocessualismo, de forma que transpassam os valores essenciais da CF à interpretação de todo o ordenamento jurídico. O próprio art. 1º é exemplo disso: *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

A alternativa B está correta. Os pressupostos ao Rext e REsp estão nos artigos 102, III e 105, III CR. Ademais, o art. 22,I,CR determina que compete privativamente à União legislar sobre direito processual (não podendo ser feito por medida provisória).

A alternativa C está correta. São exemplos de fontes formais.

A alternativa D está incorreta.

Art. 13,LINDB. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao **ônus** e aos **meios de produzir-se**, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

Quanto ao ônus e meios, respeita-se a legislação estrangeira. Entretanto, o juiz daqui obviamente poderá valorá-la.

A alternativa E está correta. Conforme o art. 1046,CPC. Aplica-se a lei processual vigente no momento da pratica do ato (corolário do princípio *tempus regit actum*). Como diz Fux: A resposta do réu, bem como seus efeitos, rege-se pela lei vigente na data do surgimento do ônus da defesa pela citação.



(IBFC – EBSERH – ADVOGADO HUGG UNIRIO/ 2017) Assinale a alternativa correta sobre a aplicabilidade das normas processuais em face da entrada em vigor da Lei Federal nº 13.105, de 16/03/2015 (Novo Código de Processo Civil).

a) As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), relativas ao procedimento *ordinário* e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil

b) As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), relativas aos procedimentos *ordinário* e sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil

c) As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e que *não tenham decisão fnal transitada em julgado* até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil

d) As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), relativas aos procedimentos *ordinário* e sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e que não tenham decisão fnal transitada em julgado até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil

e) As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil de 1973), relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência do Novo Código de Processo Civil

Comentários: A alternativa E é a correta. É a transcrição do art. 1.046, § 1º, CPC. Recordem-se da menção ao procedimento sumário e especial revogados.

> Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Aplicação supletiva ocorre quando se supre algo que não existe em determinada legislação, enquanto a aplicação subsidiária serve de auxílio ou subsídio para interpretação de alguma norma ou um mesmo instituto.

Muito se discute nessas justiças especializadas a extensão da aplicação deste artigo.

1ª corrente: aplicação **supletiva** nos casos em que não há norma aplicável e aplicação **subsidiária** quando há norma incompleta, que deverá ser complementada. Foi a corrente que coloquei no material.

No CPC comentado, organizado por Teresa Arruda, Fredie Didier, Eduardo Talamini e Bruno Dantas, afirma-se:

> Etimologicamente, existe uma diferença entre aplicação supletiva e subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto.

2ª corrente: aplicação **subsidiária** nos casos em que não há norma aplicável e aplicação **supletiva** quando há norma incompleta, que deverá ser complementada. É a corrente que tem conhecimento.

Veja o que diz Daniel Assumpção no seu CPC Comentado:

> O dispositivo (art. 15, CPC) foi feliz em prever a aplicação supletiva e subsidiária, afastando-se do equívoco costumeiro de dar os fenômenos como sinônimos. Na aplicação subsidiária tem-se a integração da legislação subsidiária na legislação principal, resultando no preenchimento de vácuos e lacunas da lei principal. Já na aplicação supletiva, as leis complementam uma a outra.

Élisson Miessa, autor de Processo do Trabalho, menciona:

> A subsidiariedade corresponde à aplicação do direito comum quando a legislação trabalhista não disciplina determinado instituto ou situação.

> Ex: tutelas provisórias, o rol de bens impenhoráveis, inspeção judicial etc.
>
> A supletividade corresponde à aplicação do NCPC quando, apesar de a legislação trabalhista disciplinar determinado instituto, não o faz de modo completo. ex: suspeição e impedimento; embargos à execução; regras do ônus da prova etc.

Portanto, percebe-se que temos autores para os dois lados. Talvez o CPC tenha resolvido colocar os dois termos no art. 15 justamente para evitar essa discussão.

É difícil dizer qual corrente adotar em prova. Mas, de certo modo, vejo que nos Manuais **há um predomínio da 2ª corrente**.

Processo do Trabalho

Até o advento do CPC/2015, não havia maiores controvérsias quanto às regras de heterointegração do processo do trabalho, dispostas nos arts. 769 e 889 da CLT:

> Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. [...]
>
> Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Assim, tínhamos que:

Ordem	Fase de conhecimento	Fase de execução
1ª (fonte principal)	CLT e legislação esparsa	CLT e legislação esparsa
2ª (fonte subsidiária)	CPC (processo comum)	Lei de execuções fiscais
3ª (fonte subsidiária)		CPC (processo comum)

Bento Herculano, Desembargador do TRT 21ª Região, destaca a existência de duas correntes surgidas após o advento do NCPC, quais sejam:

1ª corrente (minoritária): Edilton Meireles esposa entendimento de que o art. 15 do CPC/2015 trata-se de verdadeira norma de processo do trabalho – a despeito de estar inserido no corpo do CPC – e, por conseguinte, teria revogado o art. 769 da CLT.

2ª corrente (majoritária): Analisando a temática, Jorge Pinheiro Castelo afirma que o art. 15 do CPC/2015 não revogou os dispositivos da CLT. Ele afirma que o art. 15 veicula duas funções principais.

A primeira consiste em ser utilizado de forma subsidiária aos demais segmentos processuais: "*A aplicação subsidiária tem como função, apenas, suprir*

as omissões existentes no legislador processual ordinário, no caso laboral". Exemplos: tutela provisória, rol de bens impenhoráveis, inspeção judicial, desconsideração da personalidade jurídica etc.

Já a segunda função – de supletividade – ocorre em forma de complementaridade, tendo por objetivo completar e aprimorar o subsistema processual heterointegrado. Exemplos: hipóteses de impedimento e suspeição, complementando a CLT; regra do ônus da prova (art. 373, CPC c/c art. 818, CLT).

Processo Administrativo

Por decorrência do art. 5º, LV, CRFB, que assegura aos litigantes no processo administrativo o contraditório e ampla defesa, por óbvio que várias das normas fundamentais do Processo Civil a ele se aplica (a exemplo, as normas processuais fundamentais – arts. 1º a 12, CPC).

Ademais, vários dos princípios do NCPC também já estão previstos na seara administrativa. Ex: princípio da razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º, Lei n. 9.784/99); legalidade, moralidade, eficiência (art. 37, CRFB), observância dos julgados em controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes (arts. 102, § 2º, 103-A, CRFB).

Agora, deverá ampliar seu respeito aos precedentes vinculantes (art. 927, CPC), até porque o próprio art. 985, § 2º, CPC, o resultado do julgamento será comunicado à agência reguladora para competente fiscalização da observância.

Processo eleitoral

É plenamente aplicável o CPC ao processo eleitoral. Tal entendimento é amplamente utilizado no TSE. A exemplo, vide recente Resolução n. 23.478/2016 que *"estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral".*

Enunciados do CJF relativos ao assunto:

> ENUNCIADO 3 – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei.
>
> ENUNCIADO 2 – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente às Leis n. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009, desde que não sejam incompatíveis com as regras e princípios dessas Leis.
>
> ENUNCIADO 16 – As disposições previstas nos arts. 190 e 191 do CPC poderão aplicar-se aos procedimentos previstos nas leis que tratam dos juizados especiais, desde que não ofendam os princípios e regras previstos nas Leis n. 9.099/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009.

Tudo certo quanto à matéria de **Fontes**? Qualquer dúvida ou sugestão, será um prazer receber a manifestação de vocês por e-mail.

4 –Novo Código de Processo Civil: História e Exposição de Motivos

4.1 - História do Novo Código de Processo Civil

4.1.1 - Breve relance histórico até os dias atuais

No período colonial, o ordenamento jurídico no Brasil se resumia às Ordenações Reais, que se dividiram em:

a) Ordenações Manuelinas de 1321 a 1446;
b) Ordenações Afonsinas de 1446 a 1603;
c) Ordenações Filipinas de 1603 a 1850.

Foi a partir da nossa Independência, em 1822, que os textos das Ordenações Filipinas foram sendo paulatinamente revogados, mas substituídos por textos que, de certa forma, mantinham suas influências.

Primeiro surgiu o *Código Criminal do Império de 1830*, que substituiu o Livro V das Ordenações. Em 1832, foi promulgado o *Código de Processo Criminal*, que reformou o processo e a magistratura. Por fim, em *1850*, surgiram o ***Regulamento 737 (Processo Civil para relações comerciais)*** e o *Código Comercial*.

Em 1890, o ***Regulamento 737*** **teve sua aplicação estendida às causas cíveis**.

Posteriormente, a Constituição de 1891 atribuiu **competência concorrente** aos Estados para legislar sobre Processo Civil, o que deu ensejo ao surgimento de Códigos Judiciários Estaduais, em alguns Estados da Federação, sem prejuízo da existência de normas federais de processo.

Na Constituição seguinte (1934), atribuiu-se à **União a competência privativa** para legislar sobre Processo Civil, mas os códigos judiciários permaneceram vigente até que fosse editado o CPC.

Adveio o **CPC/39**, entrando em vigor em 1º de Janeiro de 1940, sendo revogado pelo CPC/73 em 31 de Dezembro de 1973.

O **CPC/73**, por sua vez, entrou em vigor em Janeiro de 1974, sendo elaborado a partir do projeto do Ministro Alfredo Buzaid, professor de Processo Civil da USP e aluno de Enrico Tullio Liebman.

A Constituição de 1988, a seu turno, também atribuiu **competência exclusiva à União** para legislar sobre Processo Civil (art. 22, I), mas concedeu aos *Estados* competência supletiva para legislar sobre *procedimento em matéria processual* (art. 24, XI).

4.1.2 - Novo Código de Processo Civil

Em relação ao Novo Código de Processo Civil, ele foi precedido da seguinte cronologia.

O Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009, instituiu a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo CPC, comissão essa presidida pelo Ministro Luiz Fux e relatada pela professora Tereza

Arruda Alvim Wambier[67]. O anteprojeto foi elaborado e enviado ao Senado Federal (PL 166/2010). Naquela casa, foi criada uma nova comissão de juristas, que realizou alguns aperfeiçoamentos. O projeto foi rapidamente aprovado no Senado e remetido para a Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados, o projeto sofreu muitas alterações[68] e foi aprovado sob o codinome de Projeto Barradas (PL 8.046/2010)[69]. Voltando ao Senado, foram aprovados 12 destaques e, finalmente, foi para a sanção presidencial.

Dentre os vetos (arts. 35, 333, 1.015, XII, art. 515, X, 895, § 3º, 937, VII, 1.055), merece destaque o veto da transformação de uma lide individual em uma lide coletiva (art. 333 c/c 1.015, XII), isto é, seria possível ajuizar uma ação individual e, percebendo-se o viés coletivo do objeto do processo, esta ação poderia ser transformada em uma ação coletiva[70].

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) foi aprovado com uma *vacatio legis* de um ano.

> *Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 ano da data de sua publicação oficial.*

- Aqui surge a **primeira controvérsia**: Ele entrou em vigor em qual dia?

- **1ª corrente**: O CPC entrou em vigor no **dia 01 de Maio de 2015**.
  Para os que defendem a superioridade hierárquica da lei complementar em relação à lei ordinária (posição não adotada pelo STF), o art. 1.045, CPC seria nulo, pois estipula *vacatio* em **ano**, enquanto que a LC 95/98 (art. 8º, § 2º) exige a estipulação de prazo em **dias**.
  Para suprir a lacuna, aplicar-se-ia a regra disposta no art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): *"Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada".* Então, o NCPC começaria a vigorar 45 dias após a publicação (17/03/2015). Mas como conta esse prazo?

---

[67] Os demais integrantes da comissão foram Adroaldo Furtado Fabrício, desembargador aposentado do RS ; Benedito Cerezzo Pereira Filho, advogado ; Bruno Dantas, consultor geral do Senado ; Elpídio Donizetti Nunes, desembargador do TJ/MG ; Humberto Theodoro Júnior, desembargador aposentado de Minas Gerais ; Jansen Fialho de Almeida, juiz do TJ/DF ; José Miguel Garcia Medina, advogado; José Roberto dos Santos Bedaque, desembargador do TJ/SP ; Marcus Vinicius Furtado Coelho, membro do Conselho Federal da OAB ; e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, advogado e ex-procurador de Justiça.

[68] A comissão especial formada na Câmara dos Deputados para analisar o projeto recebeu o auxílio de diversos processualistas, a exemplo de Fredie Didier, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha, dentre outros.

[69] Parecer a este PL pode ser visto no link: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407

[70] Razões do veto: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB."

O art. 8º, § 1º, afirma que a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação E do último dia do prazo, computando-se, portanto, o *dies a quo* e o *dies ad quem*. Por esse critério, tendo sido publicado o NCPC no dia 17 de março, os quarenta e cinco dias da *vacatio legis* devem ser contados a partir do mesmo dia 17 de março, expirando-se, assim, no dia 30 de abril de 2015.
Nos termos do § 2º do art. 8º da LC n. 95/98, as leis entram em vigor no dia subsequente ao da consumação integral do período de vacância, pelo que o **Código de Processo Civil de 2015 teria começado a vigorar no dia 01 de maio de 2015**. É a posição de Mário Delgado.

- **2ª corrente**: Se a contagem for em dias, o NCPC entraria em vigor em **16/03/2016**. É a posição de Marinoni e Mitidiero. Eles chegam nesse número por meio de dois passos.
1º passo - Faz-se a conversão de 1 ano em 365 dias, pois o art. 8º, § 2º, LC 95/98 impõe a contagem em dias.

> *Art. 8º, § 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos **(o número de) dias de sua publicação oficial'.*** (Incluído pela LC 107, de 26.4.2001)

2º passo - Consoante art. 8º, § 1º, LC 95/98, incluindo o dia do início (17/03/2015 – dia da publicação) e incluindo o último dia (15/03/2016), o NCPC entraria em vigor no dia subsequente, qual seja, dia **16/03/2016**.
Obs: Lembre-se que o ano de 2016 é bissexto (Fevereiro teve 29 dias).

> Art.8º, § 1º, da LC 95/98, "a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação **E** do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subseqüente à sua consumação integral".

Situação muito similar a esta ocorreu com a entrada em vigor do CC/02. Há julgados do STJ mencionando que a data de entrada em vigor do CC/02 foi dia 11/01/03. A única forma de se chegar a esta data é fazendo a contagem em dias**.**

- **3ª corrente**: Se for contagem em ano, entra em vigor no **dia 17/03/2016**. Tal corrente chega à referida data pelos **mesmos critérios da 2ª corrente**. Contudo, como 2016 é ano é bissexto, essa corrente considera que um ano teve 366 dias e não 365 (considerado pela corrente anterior) e, portanto, o prazo findaria em 16 de março. Como entra em vigor no dia subsequente à consumação integral do prazo, entraria em vigor no dia 17/03/2016. É a corrente de Cássio Scarpinella Bueno.

Sintetizando: Se considerarmos o ano como sendo o período de 365 dias, temos que o período anual iniciado em 17 de março de 2015 terminou no dia 15 de março de 2016 (2ª corrente), entrando o NCPC em vigor no dia

16/03/2016. Se considerarmos o ano como sendo o período de 366 dias (já que em 2016 temos ano bisexto), temos que o período anual iniciado em 17 de março de 2015 terminou no dia 16 de março de 2016, entrando o NCPC em vigor no dia 17/03/2016.

- **4ª corrente**: Se for contagem em ano, entra em vigor no dia 18/03/2016.

A Lei n. 810/49 define o ano civil como sendo o "*período de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte*". Ou seja, o ano civil, no caso em exame, iria de 17/03/2015 a 17/03/2016. E assim, aplicando o art. 8º, §1º, LC 95/98 que manda incluir na contagem a data da publicação e a do último dia do prazo, entrando a lei em vigor no primeiro dia subsequente, poder-se-ia concluir que o Código entrará em vigor em **18/03/2016**.

Ademais, a Lei 13.105/2015 expressamente determina que a *vacatio legis* seja de um ano e não de 365 dias, portanto, a vigência se dará a partir do dia 18/03/2016. Foi a corrente encampada pelo STJ (Enunciado Administrativo n. 1).

- A **segunda dúvida** que surgiu com o NCPC foi: Ele poderia ser aplicado antes de entrar em vigor?

Sabe-se que uma lei não produz efeitos no período da *vacatio legis*; por não está em vigor, de seu texto não é possível extrair consequências normativas. Ocorre que, partindo da premissa que texto é diferente de norma, há textos no novo CPC que não criam normas jurídicas novas. Assim, Fredie Didier diz que é preciso diferenciar **três** espécies de normas:

i- Norma jurídica nova: Do texto do novo CPC, podem-se extrair inúmeras normas jurídicas novas, normas essas que só podem surtir efeitos após 18/03/2016, data em que o CPC entrou em vigor. Como exemplo, cita-se os novos requisitos da petição inicial (**art. 319, II e VII, CPC**); irrecorribilidade imediata de decisões interlocutórias (**art. 1009, §§ 1º e 2º**); incidente de resolução de demandas repetitivas (**art. 976ss**); incidente de assunção de competência (**art. 947ss**).

ii – Pseudonovidade: o texto do novo CPC trouxe disposição similar às normas que já vinham sendo extraídas do CPC/73 e encampadas pela doutrina e jurisprudência. Como exemplo, **art. 373, § 1º, CPC**, que o juiz, ao redistribuir o ônus da prova, garanta à parte, a quem foi atribuído o ônus da prova, a oportunidade de se desincumbir dele. Além desse, temos o **art. 10**, que consagra a proibição de decisão-surpresa, que já vinha sendo propalada pela doutrina e jurisprudência como decorrência do contraditório substantivo (ciência + reação + possibilidade de influenciar o juiz).

iii- Normas simbólicas: Como ressalta Marcelo Neves, na legislação simbólica, o sentido político prepondera sobre o sentido normativo-jurídico. Como exemplo, citam-se os artigos iniciais (**arts. 1º ao 10, NCPC**), que ressaltam princípios constitucionais que, pelo fenômeno da constitucionalização releitura e pela filtragem constitucional, já deviam ser aplicados ao Processo Civil. Outro exemplo é a ênfase à solução consensual dos conflitos (mediação, conciliação),

que já era uma política estimulada pela doutrina, jurisprudência, sobretudo pelo CNJ – vide Resolução n. 125.

Obs: No final de 2015, foi aprovado o Projeto de Lei 168/2015 (Lei 13.256/16) que promoveu 44 alterações na Lei 13.105/15 que serão objeto de tratamento neste material conforme forem sendo estudadas as matérias.

Adianta-se que referida reforma visou, principalmente, **voltar com o duplo juízo de admissibilidade para processos direcionados ao STJ e STF**. O juízo de admissibilidade único a ser feito no STJ e STF (prevista no CPC original) iria inviabilizar os Tribunais Superiores com uma avalanche de processos.

De acordo com as regras do PL 168/2015 (Lei 13.256/16), principalmente após a alteração do art. 1.042 do novo CPC, o exame de admissibilidade voltou a ser feito pelo presidente dos tribunais de origem. Comentaremos essas mudanças em aulas vindouras.

Última dica sobre esse assunto: Essa mudança do NCPC promoveu uma volta da sistemática já vigente no Código anterior, consagrada nas súmulas 634 e 635, STF. Isso porque, enquanto esse juízo de admissibilidade estiver pendente no tribunal de origem, é este tribunal que concederá ou não, efeito suspensivo para o Recurso Especial ou Recurso Extraordinário. Por outro lado, se o tribunal de origem já houver admitido o recurso, o pedido de efeito suspensivo deverá ser feito diretamente para o STF ou STJ. Percebam que o critério definidor da competência de eventual pedido de efeito suspensivo é a ocorrência ou não do juízo de admissibilidade perante o tribunal de origem.

É o que expõem as súmulas 634 e 635, STF:

> 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.
>
> 635: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.



Caiu na DPU/2015: A peça judicial a ser feita era medida cautelar perante o STJ, pois o Recurso Especial já tinha sido admitido no Tribunal de origem. Antigamente se falava na necessidade de manejar a medida cautelar para obter o efeito suspensivo. Agora, não se fala mais em medida cautelar, mas sim em concessão de efeito suspensivo.

4.2 - Exposição de Motivos do Novo CPC

Visto todo o contexto em que o Novo CPC foi aprovado, entraremos no estudo mais detido do diploma, bem como das leis especiais mais importantes para a disciplina.

Como dito no início, para estudar de forma completa o Novo CPC, devemos pontuar os **5 objetivos** dos legisladores com o novo Código. Compreendendo a finalidade dos legisladores, é muito mais fácil de se interpretar o texto legal.

Adianta-se que em teoria geral se estuda qual a interpretação que o operador do Direito deve buscar. Seria a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) ou vontade da lei (*voluntas legis*)?

Para a primeira concepção (*voluntas legislatoris*), ressai-se o método histórico, havendo uma interpretação *ex tunc*, isto é, até o momento da elaboração da norma.

Para a segunda (*voluntas legis*), a norma tem um sentido próprio, determinado por fatores objetivos, independente até certo ponto do sentido que tenha querido dar o legislador.

Como diz Lênio Streck[71]:

> A controvérsia está longe de ser resolvida. Nesse sentido, com Ferraz Jr., identificando uma conotação ideológica na sua raiz, isto é, levado a um extremo, podemos dizer que o **subjetivismo** favorece um autoritarismo personalista, ao **privilegiar a figura do "legislador", pondo sua "vontade" em relevo**. Por exemplo, a exigência na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em última *ratio*, de acordo com a vontade do *Fuhrer (*era o *Fuhrerprinzip)* é bastante elucidativa/significativa. Por outro lado, o **objetivismo**, levado também ao extremo favorece certo anarquismo, pois estabelece **o predomínimo de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma** ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador para os intérpretes, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas americanos, que direito "é o que decidem os tribunais". Além disso, acrescenta, não deixa de ser curioso que, nos movimentos revolucionários, o direito anterior à revolução é relativizado e atualizado em função da nova situação, predominando aí a doutrina objetivista, muito embora, quanto ao direito novo, pós-revolucionário, tende-se a privilegiar a vontade do legislador e a fazer prevalecer as soluções legislativas sobre as judiciais que, a todo custo e no máximo possível, devem a elas se conformar.

De todo o exposto, ao mesmo tempo em que devemos nos conscientizar para não se valer de maneira acrítica dessas interpretações (vontade do legislador ou vontade da lei), devemos dizer que elas são sim úteis.

Sendo úteis e bastante incidentes em prova, passaremos a expor os **5 objetivos dos legisladores com a elaboração do NCPC**, fins esses elencados na própria exposição de motivos.

Vejamos os 5 objetivos dos legisladores com o novo CPC**:**

1) **Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal**

[71] Passagem do livro **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito; Livraria do Advogado**: Porto Alegre, 2012.

2) **Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa**

3) **Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal**

4) **Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado**

5) **Finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão**

Mas professor, esses objetivos são muito genéricos. Qual é a repercussão disso na prática?

Pois não. Vejamos um a um.

4.2.1 - Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal

Do primeiro artigo já se percebe a consagração do **Modelo Constitucional do Direito Processual Civil**, bem como a influência notável do Neoconstitucionalismo em nossa disciplina.

Como dissemos em tópico anterior, em decorrência da força normativa da Constituição, todos os ramos do direito devem passar pelo fenômeno da constitucionalização releitura, isto é, seus institutos devem sempre ser relidos, interpretados conforme os valores e normas fundamentais da CRFB. É o que diz o art. 1º, CPC.

> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Como afirma Cássio Scarpinella Bueno[72]:

> Sendo o direito processual civil um ramo do direito público, porque, em última análise, voltado ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, o exercício da função jurisdicional, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da CRFB. É ela – e não as leis – que moldam o ser (ou melhor, o dever-ser) do Estado brasileiro.
>
> Estudar direito processual civil a partir da CRFB é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre o direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo, não apenas um, qualquer um, mas o modelo a ser necessariamente observado pelo intérprete e aplicador.

A própria exposição de motivos assim afirmou:

[72] **Manual de Direito Processual Civil**, 3ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2017, p. 45.

> Hoje, costuma-se dizer que o processo civil constitucionalizou-se. Fala-se em modelo constitucional do processo, expressão inspirada na obra de Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni* (Turim, Giapicchelli, 1990). O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de forma a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais.

Dos artigos iniciais já se pode ver essa necessidade de **sintonia fina** com a Constituição. As normas fundamentais do Processo Civil estão assim dispostas nos artigos iniciais:

Art. 2º	Dispositivo, Impulso Oficial
Art. 3º	Inafastabilidade da Jurisdição e Estímulo à Resolução Consensual dos Conflitos
Art. 4º	Razoável Duração do Processo, Primazia das Decisões de mérito e Efetividade
Art. 5º	Boa-Fé- Objetiva Processual
Art. 6º	Cooperação
Art. 7º	Isonomia Material ou Paridade de Armas
Art. 8º	Dignidade da Pessoa Humana, Proporcionalidade, Razoabilidade, Legalidade, Publicidade, Eficiência
Art. 9º	Contraditório Substancial
Art. 10	Vedação às decisões surpresas
Art. 11	Publicidade e fundamentação
Art. 12	Ordem cronológica

Adianta-se que o rol acima é exemplificativo. Obs: isso já caiu recentemente - **Cespe – DPU/2017:** Para garantir os pressupostos mencionados em sua exposição de motivos, o CPC estabelece, de forma *exaustiva*, as normas fundamentais do processo civil.

Isso porque há outras normas fundamentais em outros artigos espraiados pelo NCPC (ex: arts. 926, 927, 946, 976) e na Constituição (ex: juiz natural,

direito à prova etc.) que, embora não incluídos no rol dos primeiros artigos, não deixam de ter o *status* de normas fundamentais do processo civil.

A Exposição de Motivos expressamente adverte que um dos maiores exemplos de sintonia fina com a Constituição foi a tentativa de sobrelevar a segurança jurídica. E, como meio para tal, cria todo um sistema de precedentes vinculantes, sistema esse que veremos mais adiante.



(EBSERH – Advogado/2016):

São princípios que norteiam o novo CPC:

a) justa causa e legitimidade.

b) duração razoável do processo e boa-fé objetiva.

c) arbitrariedade e cooperação.

d) fins sociais e boa-fé subjetiva.

e) cooperação e boa-fé subjetiva.

Comentários: A alternativa B é correta. A duração razoável está prevista no art. 4º e a boa-fé objetiva está no art. 5º, ambos do CPC. O equívoco da alternativa D e E é a referência à boa-fé subjetiva e não à boa-fé objetiva. O erro da letra C é a menção à arbitrariedade. E, por fim, a incorreção da letra A é a palavra legitimidade que, embora conceito utilizado no processo civil (condição da ação – art. 17), não é princípio do novo CPC.

4.2.2 - Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa

Como exemplo de concretização desse objetivo, podemos citar a ênfase ao sistema multiportas ou ADR (mediação, conciliação, arbitragem – art. 3º); *amicus curiae*[73]; cooperação internacional (auxílio direto – art. 28ss).

Ainda, criou-se a regra de que a parte é citada, atualmente, para uma audiência de conciliação e mediação e não para contestar. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação (art. 334, CPC).

> Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[73] Trecho da exposição de motivos: "Predomina na doutrina a opinião de que a origem do amicus curiae está na Inglaterra, no processo penal, embora haja autores que afirmem haver figura assemelhada já no direito romano (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, Amicus curiae no processo civil brasileiro, Ed. Saraiva, 2006, p. 88). Historicamente, sempre atuou ao lado do juiz, e sempre foi a discricionariedade deste que determinou a intervenção desta figura, fixando os limites de sua atuação. Do direito inglês, migrou para o direito americano, em que é, atualmente, figura de relevo digno de nota (CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, ob.cit., p. 94 e seguintes)".

> § 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> § 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Sobre a temática do art. 3º, CPC, é interessante, ao menos, ler os artigos 165 ao 175, prioritariamente o art. 165, porquanto ali estão apostas as **duas diferenças básicas** entre mediação e conciliação, qual seja, **mediador** não propõe solução e é indicado para casos em que as partes já possuem uma relação prévia (ex. direito de família); enquanto que a **conciliação** é sugerida para casos em que as partes não se conhecem (ex. acidente de trânsito), permitindo, ainda, que o conciliador sugira algumas soluções, agindo de modo mais ativo.

Vejamos a tabela elaborada por Márcio Cavalcante:

Conciliação	Mediação	Arbitragem
Forma de autocomposição do conflito.	Forma de autocomposição do conflito.	Forma de heterocomposição do conflito.
O terceiro não decide o conflito. Ele facilita que as partes cheguem ao acordo.	O terceiro não decide o conflito. Ele facilita que as partes cheguem ao acordo.	O terceiro é quem decide o conflito.
Atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes.	Atua preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes	Atua tanto em um caso como no outro.
Propõe soluções para os litigantes.	Não propõe soluções para os litigantes.	Decide o conflito.

Ainda, é interessante ler a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Trataremos desse tema posteriormente, de forma mais aprofundada.

Acerca do *amicus curiae*, veremos o artigo abaixo e brevíssimas considerações (já que trataremos do instituto quando da análise das intervenções de terceiro).

> *Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por* ***decisão irrecorrível,*** *de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*
>
> *§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.*
>
> *§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.*
>
> *§ 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.*

O *amicus curiae,* portanto, é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de

especial relevância ou complexidade. Como visto, é um instrumento valioso do Poder Judiciário para produzir decisões mais rente à realidade (objetivo nº 2).

Ademais, o *amicus curiae* é um dos principais agentes democráticos dessa nova etapa do processo civil. Na linha da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Häberle, autor alemão), a Constituição e o ordenamento devem ser interpretados não apenas pelos operadores do Direito, mas sim por todos os membros da sociedade. O *amicus curiae* e as audiências públicas são dois exemplos clássicos de concretização dessa visão do mencionado autor alemão e de abertura do Poder Judiciário aos cidadãos.

Com a simples leitura do artigo acima já se consegue resolver uma miríade de questões. Vejamos:

(FGV- TRT12ª/17 – OJAF) O juiz de Direito da 29ª Vara Empresarial de determinada cidade encontra-se com um caso que possui grande repercussão social. Em razão disso, uma entidade especializada no tema que será apreciado peticiona nos autos, em junho de 2017, requerendo a sua intervenção no feito como *amicus curiae*.

Diante do que dispõe o CPC, é correto afirmar que:

a) é impossível a pretensão deduzida porque a figura do *amicus curiae* existe apenas para as causas que tramitam no STF;

b) se o juiz não aceitar a participação da entidade como *amicus curiae*, ela poderá recorrer dessa decisão interlocutória;

c) é viável a admissão de *amicus curiae* em 1º grau de jurisdição, desde que aceito pelo juiz em decisão irrecorrível;

d) *amicus curiae* só existe para as causas que estejam nos Tribunais, ou seja, do 2º grau em diante;

e) caso a entidade seja aceita como *amicus curiae*, ela poderá no futuro recorrer da sentença e decisões posteriores.

Comentários:

A alternativa A é incorreta. O *amicus curiae,* embora mais utilizado no STF, nunca existiu apenas para causas daquela corte. Vide art. 32 da Lei 4.726/1965 (Junta Comercial); Lei 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 14, § 7º, da Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 118 da Lei 12.529/2011 (CADE).

A alternativa B é incorreta. A decisão é irrecorrível, consoante prevê o art. 138, *caput*.

A alternativa C é correta. É admissível em qualquer grau de jurisdição.

A alternativa D está incorreta. Como dito acima, é admissível em qualquer grau de jurisdição.

A alternativa E está incorreta. Conforme art. 138, §§ 1º e 3º, pode opor embargos de declaração e recorrer da decisão que julgar o IRDR.

MPPR/2019: e) A solução consensual dos conflitos é incentivada somente em momentos pré-processuais.

Comentários: Alternativa errada. Deve-se incentivar a solução consensual durante todo o processo também (art. 3º, CPC).

4.2.3 - Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal

Exemplos de consagração desse objetivo são: Extinção das cautelares nominadas e de incidentes (reconvenção, exceção incompetência relativa, impugnação à justiça gratuita, valor da causa – tudo na contestação – art. 337); intervenção de terceiro (arts. 119 a 138), com a retirada de nomeação à autoria e oposição e inserção de *amicus curiae* e desconsideração da personalidade jurídica; tutela provisória (art. 294 ss); sistema recursal (admissibilidade, prazo etc.).

Ademais, cria-se a faculdade de o advogado promover, pelo correio, a intimação do advogado da outra parte. Também as testemunhas devem comparecer espontaneamente, sendo excepcionalmente intimadas por carta com aviso de recebimento (art. 455).

O prazo para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração, foi uniformizado: quinze dias (art. 1.003, §5º). O recurso de apelação continua sendo interposto no 1º grau de jurisdição, tendo-lhe sido, todavia, retirado o juízo de admissibilidade, que é exercido apenas no 2º grau de jurisdição (art. 1.010, § 3º). Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado o regime das preclusões (art. 1.009, §2º).

Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes, criando figura peculiar (art. 942).

Na execução, se eliminou a distinção entre praça e leilão, assim como a necessidade de duas hastas públicas. Desde a primeira, pode o bem ser alienado por valor inferior ao da avaliação, desde que não se trate de preço vil. Foram extintos os embargos à arrematação, tornando-se a ação anulatória o único meio de que o interessado pode valer-se para impugná-la.

4.2.4 - Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado

Exemplos: estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais (art. 503); possibilidade jurídica do pedido não é condição da ação; estabilização da tutela (art. 304); produção probatória em segunda instância (art. 938, § 3º).

Auditor TCE – CESPE (2016): d) Os efeitos da coisa julgada material serão inaplicáveis em caso de decisão que resolva questão prejudicial.

Comentários: Conforme art. 503, § 1º, CPC, os efeitos da coisa julgada material serão aplicáveis para questões prejudiciais.

TJSP - Juiz (2017): d) pode abranger a resolução de questão prejudicial, desde que dessa resolução dependa o julgamento do pedido; que tenha sido facultado o contraditório; e que o órgão seja competente em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão como se principal fosse.

Comentários: Alternativa correta. É a reprodução dos incisos do art. 503, § 1º, CPC.

4.2.5 - Finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão

Ex: Divisão do CPC em Parte Geral e Especial; extinção do livro do processo cautelar; prevenção; propositura; litisconsórcio; sucessão/substituição processual.

A organicidade do Código ficou bem melhor. Vejamos:

CPC 1973	CPC 2015 (entrou em vigor 18/03/2016 – Enunciado Administrativo n. 1, STJ)
Livro I: Do Processo de Conhecimento (arts. 1º ao 565); Livro II – Do Processo de Execução (arts. 566 ao 795); Livro III – Do Processo Cautelar (arts. 796 ao 889); Livro IV – Procedimentos Especiais (arts. 890 ao 1.210); Livro V – Das Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.211 ao 1.220).	**Parte geral:** Livro I – Das Normas Processuais (arts. 1º ao 15); Livro II – Da Função Jurisdicional (arts. 16 ao 69); Livro III – Dos Sujeitos do Processo (arts. 70 ao 187); Livro IV – Dos Atos Processuais (arts. 188 ao 293) Livro V – Da Tutela Provisória (arts. 294 ao 311) Livro VI – Da Formação, Suspensão e Extinção do Processo (arts. 312 ao 317); **Parte Especial:** Livro I: Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença (arts. 318 ao 770); Livro II: Do Processo de Execução (arts. 771 ao 925); Livro III: Do Processo nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais (arts. 926 ao 1.044); Livro Complementar: Disposições Finais e Transitórias (arts. 1.045 a 1.072).

5 – Princípios do Direito Processual Civil

5.1 - Conceito

A fim de evitar repetições desnecessárias, devemos resgatar os conceitos expostos no **capítulo 2**, **item 3.2.1** a respeito dos princípios.

Na ocasião, foi dito que **normas** jurídicas é um gênero, do qual são espécies **regras** e **princípios**.

Ademais, após discorrer sobre vários critérios possíveis de distinção, salientamos que a concepção que tem maior influência na doutrina nacional é de **Robert Alexy**, que defende a visão da **diferença qualitativa** entre os conceitos, já que ambos, como exposto anteriormente, são espécies de normas jurídicas.

Como afirma o autor, os **princípios** são mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas subjacentes. Dessa forma, os princípios nunca asseguram ou impõem deveres definitivos, sendo, por isso, denominados de normas *prima facie*.

As **regras**, por seu turno, são mandamentos de determinação, normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas com definitividade; contemplam

determinações daquilo que é fática e juridicamente possível, sendo aplicadas na maneira do tudo ou nada (Dworkin).

No que tange às **antinomias**, o conflito entre regras é solucionado pela operação de subsunção, baseada nas técnicas tradicionais de solução de antinomias (*especialidade, hierarquia e especialidade*).

Por sua vez, o conflito entre princípios é solucionado através da técnica da ponderação (técnica prevista no art. 489, § 2º, CPC), que estabelece uma relação de precedência condicionada de um dos princípios em conflito, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos para a solução do caso concreto. A atribuição de pesos aos princípios em conflito (sopesamento) é que vai definir a precedência da norma aplicável ao caso concreto.

Por fim, ressaltamos que a regra da proporcionalidade formulada por Alexy é o mais famoso método para solucionar conflito aparente de princípios, sendo tal regra subdividida em: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

No **Direito Processual Civil**, a compreensão dos princípios, por óbvio, tem repercussão prática.

Por conta da teoria dos princípios, o NCPC não reproduziu o art. 126 do CPC/73, cujo teor era similar ao art. 4º, LINDB. Vejamos:

> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Essa concepção de que os princípios gerais do direito seriam fontes de integração quando não houvesse lei para solucionar a controvérsia é ultrapassada, conforme já frisado no **item 3.6** deste pdf.

O juiz deve decidir a lide com base no Direito. E este se compõe das espécies normativas regras e princípios, sendo que estes devem ser aplicados imediatamente, e não apenas nos casos de omissões do ordenamento jurídico.

Outro exemplo de inserção da teoria dos princípios no NCPC é o já propalado art. 489, § 2º, que diz:

> Art. 489, § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Sem mais delongas, vamos analisar os princípios mais importantes do Direito Processual Civil?

5.2 - Princípios do Direito Processual Civil

5.2.1 - Princípio do Devido Processo Legal

É previsto no art. 5º, LIV, CRFB, bem como art. 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

> *Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*
>
> *Art. 8º Garantias Judiciais "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".*

Origem

Consoante ensina Didier, a expressão *due processo of Law* propriamente dita apareceu primeiramente no século XIV – 1354, a partir de Eduardo III, Rei da Inglaterra**.** Contudo, a noção de devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga, remontando ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1.037, século XI).

Esse decreto inspirou a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João "Sem Terra" em favor dos barões feudais saxônicos, consagrando, no artigo 39 daquele documento, sob a designação "*law of the land*", a ideia equivalente ao *due processo f law.*

O artigo 39 da Magna Carta dispunha:

> *No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land*.

Embora o texto inglês de 1215 não tenha cunhado a expressão "devido processo legal", percebe-se que sua intenção era realmente limitar o exercício arbitrário do Monarca, impondo limites e garantias contra seus atos em respeito aos cidadãos.

Como o devido processo legal é a tradução brasileira de uma expressão inglesa "Due Process of Law", a utilização do termo legal ficou equivocada, porque sendo "law" o Direito, o devido processo não é aquele em conformidade com a lei, mas com o Direito como um todo, ou seja, a palavra "lei" aí está no sentido amplo. É por isso que alguns autores no Brasil não utilizam a expressão devido processo legal, preferindo utilizar o termo **devido processo constitucional**. Assim, são consideradas expressões sinônimas de devido processo legal o **direito ao processo justo** e o **direito ao *fair trial***. Italianos traduziram **como *processo giusto*.** Portugueses traduziram em ***processo equitativo*.**

Cláusula geral

O Devido Processo Legal é uma cláusula geral, cuja hipótese normativa E o consequente normativo são abertos.

Seu sentido é preenchido de acordo com as circunstâncias histórico-culturais do momento da decisão (aquilo que naquele momento histórico se entende devido). É exatamente por essa abertura semântica que o devido processo legal é compreendido de diversas formas a depender do momento histórico.

Podemos, no máximo, listar as garantias que estão em um determinado momento consolidadas como partes do Devido Processo Legal, mas nunca se poderá saber quais garantias ainda poderão surgir.

Como exemplo, tem-se, atualmente, como corolários do devido processo legal as seguintes normas[74]: contraditório; Juiz natural; Publicidade; Duração razoável do processo; Publicidade; Igualdade; proibição de prova ilícita e da motivação. Contudo, há possibilidade de surgimento de várias outras garantias. Cita-se o processo eletrônico como um campo ainda a ser descoberto, campo no qual haverá muito desenvolvimento do devido processo legal.

Portanto, devido processo legal é um conjunto de garantias processuais que estão expressamente e implicitamente previstos, surgindo todos para proteger-nos contra a tirania.

Para prova, é preciso ainda saber a divisão que alguns fazem entre:

i- devido processo legal quando se fala em respeito ao regime do processo civil previsto em lei;

ii- processo legal devido quando se fala em adequação do processo civil ao modelo constitucional de processo.

O devido processo legal aplicado ao âmbito privado

É possível falar em devido processo legal no âmbito legislativo; no âmbito administrativo; no âmbito jurisdicional e, por fim, no âmbito privado.

No âmbito das relações jurídicas privadas, entre particulares, também há processo. Contudo, é um processo em que não há a presença de Estado ou de um juiz. Esse processo decorre do direito ao autorregramento da vontade e o **devido processo legal deve ser aplicado tanto na formação das normas, quanto em sua aplicação**. São exemplos desse tipo de relações privadas os regulamentos de clubes[75], regimentos de condomínios, e os contratos em geral. Nesse contexto, se um condômino desobedecer a uma norma do regimento do condomínio, ele deverá ser notificado para apresentar defesa, antes de ser punido pelo síndico (ainda que esta norma não esteja expressa no regimento). Qualquer

[74] Didier, em seu **Curso de Processo Civil**, v. 1, 2016, p. 110, 115, 116, aponta que são princípios implícitos na Constituição o p*rincípio da efetividade; princípio da boa-fé processual e princípio da adequação,* todos decorrentes da cláusula geral do Devido Processo Legal.

[75] **Art. 57, Código Civil**: "*A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.*" Esta norma foi ratificada pelo STF no **RE 201.819**, em 2005, sendo este um dos julgamentos mais significativos do STF no âmbito do processo civil.

pessoa, mesmo no âmbito privado, tem o direito de ser ouvida antes de ser punida.

No estudo dos direitos fundamentais, fala-se em **eficácia vertical** dos direitos fundamentais, que se dá na **regulação da relação entre Estado e cidadão**, bem como em **eficácia horizontal** dos Direitos Fundamentais, que se consubstancia na **aplicação dos Direitos Fundamentais entre particulares**.

Obs1: A doutrina é uniforme em dizer que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais se originou a partir do caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958[76].

Obs2: Dentro da teoria da eficácia horizontal, alguns autores subdividem em[77]:

a) teorias do *state action* e *public function* (EUA): os direitos fundamentais só são exigíveis nas relações dos particulares com o poder público (*state action theory*) ou, pelo menos, com um particular que desenvolva atividade nitidamente pública (*public function theory*).

b) eficácia indireta e mediata: os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares, mas apenas de forma mediata, indireta, necessitando que eles sejam aplicados por meio das cláusulas gerais do direito privado (boa-fé, função social, ordem pública etc.). Essa foi a teoria aplicada pelo Tribunal Alemão no famoso caso Lüth, de 1958.

c) eficácia direta e imediata: os direitos fundamentais são exigíveis nas relações entre particulares, sem necessitar de qualquer intermediação por meio de lei, de cláusula geral, nada disso. É a adotada no Brasil pela doutrina majoritária e pelo STF.

Ex1: RE 161.243 de 1997 – imposição à Air France tratamento igualitário entre funcionários franceses e brasileiros;

Ex2: RE 158.215-4/RS de 1996 - obrigatoriedade do respeito à ampla defesa para a exclusão de associado em associação privada;

Ex3: RE 201.819/RJ de 2006 – exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores sem ampla defesa e contraditório.

Devido processo legal formal e substancial

A doutrina identifica duas dimensões do devido processo legal.

---

[76] Erich Lüth era crítico de cinema e conclamou os alemães a boicotarem um filme, dirigido por Veit Harlam, conhecido diretor da época do nazismo. Harlam e a distribuidora do filme ingressaram com ação cominatória contra Lüth, alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil alemão. Lüth foi condenado nas instâncias ordinárias, mas recorreu à Corte Constitucional. Ao fim, a queixa constitucional foi julgada procedente, pois o Tribunal entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral do Código Civil que protegia a ordem pública. Esse foi o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais também nas relações entre os particulares (drittwirkung, eficácia horizontal).

[77] Verão o tema, de forma mais aprofundada, nas aulas de Direito Constitucional.

a) **Dimensão formal** ou processual: O devido processo legal é a fonte de uma **série de direitos e garantias que dizem respeito à validade do processo**. É essa dimensão que nos garante o **contraditório**, **o juiz natural**, a **publicidade**, a **motivação**, etc., ou seja, é o conjunto de garantias processuais por todos conhecidas.

b) **Dimensão material (substancial)**: A jurisprudência do STF e muitos autores brasileiros passaram a entender que o devido processo legal em uma dimensão substancial **é a fonte dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade,** ou seja, o devido processo legal impõe que o juiz, administrador e legislador tomem atitudes observando esses dois princípios[78].

Essa concepção substancial pode ser corroborada pelo art. 8º do NCPC que preceitua:

> *Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a **proporcionalidade**, a **razoabilidade**, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Embora já incorporada na jurisprudência pátria, mormente no STF, impõe-se a alusão às duas críticas lançadas pela doutrina a essa concepção, quais sejam:

a) A concepção brasileira é errada

A primeira dela é que a concepção brasileira seria errada porque diferente da americana. Para os americanos, a dimensão substancial do devido processo legal é a fonte de proteção dos direitos fundamentais implícitos, ou seja, é uma norma que permitia a **criação** de direitos fundamentais sem texto expresso. Para o Brasil, tal construção não serve, pois temos um rol imenso de direitos fundamentais E nossa própria constituição **diz expressamente** que esse rol de direitos é meramente exemplificativo.

b) A concepção brasileira é inútil

Humberto Ávila diz que tal concepção é inútil, porquanto **a proporcionalidade e a razoabilidade** podem ser extraídas de outros princípios constitucionais que não o devido processo legal, tais como o princípio da igualdade e o princípio do Estado de Direito.

5.2.2 - Princípio do Contraditório:

É corolário da cláusula do devido processo legal, estando previsto no artigo 5º, LV da CRFB, bem como art. 8, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

> *Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

[78] Caríssimos alunos, acerca da história e da conceituação de razoabilidade e proporcionalidade, voltem no **item 3.2.2** deste pdf.

> *Art. 8º Garantias Judiciais "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."*

O contraditório, segundo a doutrina, possui duas dimensões:

i- **Dimensão formal**: é a concepção clássica do contraditório, que o bipartia no binômio ciência e reação. Cumpria-se o contraditório se as partes tivessem ciência da decisão prolatada, bem como se lhe fosse oportunizada a possibilidade de reação[79].

ii- **Dimensão substancial**: concepção moderna do contraditório consubstancia-se num trinômio: ciência, reação e poder de influência. Este último tem a intenção de tornar a decisão judicial mais democrática, mais coparticipativa. Nesse ponto, o contraditório tem intrínseca ligação com o modelo cooperativo de processo (art. 6º, CPC), dentro do qual o juiz possui deveres de *esclarecimento* (ex. art. 357, § 3º), *prevenção* (art. 321), *adequação* (ex. arts. 139, VI e 373, § 1º), *consulta* (arts. 9º e 10), sempre oportunizando às partes a possibilidade de apresentarem suas razões para efetivamente influenciar a decisão do magistrado.

Questões interessantes:

a) Mitigações ao contraditório:

O art. 9º, *caput*, afirma que não será proferida decisão sem que as partes sejam previamente ouvida. Contudo, o próprio parágrafo único estabelece algumas exceções. Vejamos:

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
>
> I - à tutela provisória de urgência;
>
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
>
> III - à decisão prevista no art. 701 (ação monitória).

Frisa-se que tal rol é **exemplificativo**, isto é, não exaure as possibilidades de decisões *inaudita altera parte*. Como outros exemplos, temos os artigos 562 (liminar em possessória), 678 (embargos de terceiros), 332 (improcedência liminar do pedido), 355 (julgamento antecipado do mérito, total ou parcial, art. 8º, § 1º da LACP (inquérito civil instaurado pelo MP), 77/81 (imposição de ofício de multas).

[79] Uma hipótese de violação à reação é o caso de indisponibilidade do sistema de peticionamento eletrônico por motivos técnicos no último dia do prazo, o que prorrogará o prazo para o dia útil subsequente (art. 10, § 2º, Lei 11.419/2006).

Dentro desse tópico de mitigação do contraditório, questão importantíssima é saber se é possível tutela provisória contra Fazenda Pública. Iremos tratar mais profundamente em outro pdf, mas apenas se adiantará a conclusão principal.

Sobre o tema, vejamos o art. 1.059, CPC:

> Art. 1.059. À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº12.016, de 7 de agosto de 2009.

Além dos dispositivos acima referidos, também há disposição similar no art. 29-B, Lei n.8.036/90.

Sobre o tema, há duas correntes:

1ª corrente: Essas limitações são inconstitucionais, pois violariam o princípio da inafastabilidade da jurisdição;

2ª corrente: As limitações são constitucionais.

O **STF**, na **ADC n. 4**, entendeu pela **constitucionalidade** da Lei n. 9.494/97, entendimento este que pode ser estendido a todas as limitações acima constantes.

Apesar disso, o próprio STF tem mitigado as limitações às tutelas provisórias de urgência contra o Poder Público (a exemplo das liminares em ações de medicamentos, custeio de cirurgias, internações etc., entendendo que o direito à saúde deve prevalecer nesses casos). Outro exemplo de exceção foi consagrado até por súmula no STF.

> STF - SÚMULA Nº 729 - A DECISÃO NA ADC-4 NÃO SE APLICA À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.

Em suma: Deve-se intimar a fazenda para manifestação antes da decisão. Contudo, doutrina e jurisprudência entendem que se houver urgência urgentíssima que não der para esperar esse prazo, pode conceder. E, depois que se manifestar, o juiz pode modificar, revogar ou manter.

E quanto à irreversibilidade prevista no art. 300, § 2º, CPC?

> Art. 300, § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Tem-se entendido que tal vedação não é absoluta. Deve-se fazer uma ponderação no caso concreto se a lesão ocasionada pela não concessão da tutela seja também irreversível.

> ENUNCIADO 40/CJF – A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.
>
> Enunciado 25/ENFAM - vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB).

E quanto às tutelas de evidência?

O Enunciado n. 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis diz:

> *(art. 311) As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência.30 31 (Grupo: Tutela Antecipada; redação revista no V FPPCVitória)*

Assim, seria possível tutela de evidência contra o poder público.

Obs: em qualquer dos casos, não será possível expedição de precatório de forma provisória, pois isso violaria a sistemática dos precatórios.

Mas essas exceções violam o princípio constitucional do contraditório?

Embora haja mitigação, **não há inconstitucionalidade**. Isso porque, além de poderem ser revistas posteriormente (são provisórias), são mitigações do contraditório feitas com a finalidade de dotar de efetividade a prestação jurisdicional, outro princípio constitucional.

Assim, o próprio legislador já fez a ponderação e entendeu que, nesses casos, a mitigação ao contraditório é mínima (até porque poderá ser revertida), ao passo que o direito da outra parte à efetividade é promovido de maneira significativa.

b) Contraditório e questões de ordem pública

É sabido que algumas questões no processo são questões que o juiz pode conhecer de ofício, ou seja, sem que tenha sido provocado a respeito (*ex: decadência, incompetência absoluta, inconstitucionalidade da lei, intempestividade, etc.*).

Mas, pode o juiz decidir com base em questão conhecida *ex officio* sem tê-la submetido antes à manifestação das partes?

Se puder fazer isso, uma das partes vai ser pega de surpresa, pois a sentença se sustentará num ponto que não foi submetido ao contraditório, não podendo esta parte influenciar a decisão. E, **sendo o contraditório uma garantia de não surpresa,** o juiz não pode manifestar-se em questão que conheça de ofício sem que se dê às partes o contraditório. É o que diz o art. 10, CPC.

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

c) Contraditório e o regra da congruência

A regra da congruência ou regra da correlação entre o pedido e a sentença consiste no dever de a sentença "*guardar identidade com o pedido trazido na inicial, sendo, então, vedado ao magistrado pronunciar-se fora dos limites que lhe foram traçados quando da definição do objeto da ação*".

> Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Desse modo, percebe-se que o **princípio do contraditório está diretamente vinculado com a regra da congruência,** pois uma decisão sem correlação com o que foi pedido invalida uma defesa feita dentro dos limites apresentados pela lide.

A violação ao princípio da congruência pode ocasionar sentença:

- *ultra petita*: juiz vai além do pedido, concedendo mais do que foi pleiteado.

- *extra petita*: juiz concede provimento estranho aos pedidos das partes.

- *infra petita*: juiz não analisa certo pedido, ficando a decisão aquém da esperada.

Obs: Lembre-se que a regra da congruência não elimina a liberdade do juiz de identificar disposição jurídica aplicável ao caso concreto.

> Enunciado 281, FPPC: A indicação do dispositivo legal não é requisito da petição inicial e, uma vez existente, não vincula o órgão julgador.

d) Advertência do art. 250, CPC/2015

> Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá:
>
> II - a finalidade da citação, com todas as especificações constantes da petição inicial, bem como a menção do prazo para contestar, sob pena de revelia, ou para embargar a execução;

Não constando a advertência no mandado, não incidirão os efeitos da revelia, já que o réu não possui conhecimentos técnicos para aquilatar a gravidade da não apresentação de defesa no prazo legal (STJ, 4ª Turma, Resp 10.137/MG, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

Tal advertência não precisará constar na intimação para contestar reconvenção (art. 343, § 1º, CPC), pois será feita na pessoa do advogado, ser dotado do conhecimento sobre as consequências jurídicas da não impugnação.

e) Diferenças na esfera civil e penal:

O art. 261, CPP exige que haja defesa técnica, ainda que por curador especial. No processo civil, o que se exige é a oportunidade de manifestação, sendo que, não existindo, haverá o efeito material da revelia (presunção de veracidade das afirmações aduzidas pelo autor, salvo hipóteses do art. 345, CPC).

f) Fase de execução:

Em decorrência do princípio da satisfatividade, o executado não é citado (execução de título extrajudicial) ou intimado (se for execução de título judicial) para se defender, mas sim para cumprir.

g) Prova emprestada:

> *Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.*

Para o cabimento da prova emprestada, há três correntes:

1ª corrente: exige que as partes têm de ser as mesmas nos dois processos;

2ª corrente: poderá ser utilizada desde que a parte contra quem será produzida tivesse participado do processo originário.

3ª corrente: não é necessário que as partes sejam as mesmas. Elas se manifestarão agora. Nesse sentido, confira-se enunciado 30/CJF:

> ENUNCIADO 30 – É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC.

Jurisprudência – adotava a 2ª corrente, mas mudou no Informativo 543, STJ. Está em consonância com a economia processual, não é necessário que as partes sejam a mesma. As partes se manifestarão agora.

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS COM PARTES DIFERENTES.*
>
> ***É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada.*** *A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a* ***economia processual*** *decorrente da utilização da prova emprestada importa em* ***incremento de eficiência,*** *na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004.* ***Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório.*** *Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso.* ***Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido.*** *EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014.*

h) Microssistema de recursos repetitivos (IRDR e recursos repetitivos)

Como preservar o contraditório em processos de julgamentos por amostragem de recurso repetitivo especial e extraordinário; incidente de resolução de demandas repetitivas. O NCPC opta pelo *amicus curiae* e as audiências públicas para garantir o contraditório, que serão estudados a diante.

MPE-BA/MPE-BA – Promotor de Justiça Substituto – Anulada/2018

Não seria correto, sobre os princípios constitucionais do processo, fazermos a seguinte afirmação:

a) A moderna processualística tem como base o trinômio ação-jurisdição-processo, cujos aspectos são gerais e incidentes sobre todas as formas de prestação jurisdicional, desde o processo de conhecimento ao de execução.

b) Atento ao princípio da efetividade, o julgador poderá determinar provisoriamente medidas diversas da pedida pelo autor na inicial se entender essa adequada para a efetivação do direito.

c) O princípio da preclusão impede que, ultrapassado o tempo próprio para a realização do ato processual, este seja rediscutido em etapa futura.

d) A efetivação de tutela imediata, à míngua da triangulação processual, não infirma o princípio do due process of law.

e) Prover medida sem ouvir a outra parte, postergando a sua ciência, fere o princípio constitucional do contraditório no processo civil, mesmo que esta seja confirmada ad referendum.

Comentários

A alternativa A está correta. Já falamos sobre a adoção da teoria clássica do trinômio objeto de estudo do Direito Processual Civil.

A alternativa B está correta. O art. 297 do CPC prevê que "o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória".

A alternativa C está correta. A assertiva trata da preclusão temporal. É a perda de um poder processual em razão de seu não exercício no prazo devido. Não observado um prazo, perde-se o poder a ele relacionado.

Ex1: não apelando no prazo de 15 dias, a parte perde a faculdade de recorrer daquela sentença. Se recorrer, o recurso será inadmitido, por ausência de requisito de adminissibilidade.

Ex2: art. 223.

Art. 223. Decorrido o prazo, **extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual**, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

A alternativa D está correta. Há possibilidade de conceder tutela liminarmente, sem a formação da triangulação. Isso não lesa o devido processo legal. Ex: art. 9º, parágrafo único; art. 562; art. 332 etc.

A alternativa E está incorreta. Acima já demos exemplos de possibilidade de conceder tutela sem ouvir a outra parte. Ex: art. 9º, parágrafo único; art. 562; art. 332 etc.

MPPR/2019: c) Há regra geral do Código de Processo Civil que permite que decisões sejam proferidas sem a oitiva da parte afetada.

Comentários: Alternativa incorreta. A **regra geral** do CPC é que **as partes devem ser ouvidas anteriormente** (arts. 9º e 10). Entretanto, há casos excepcionais em que isso não é preciso. É exatamente o que foi cobrado na questão anterior. Ex: art. 9º, parágrafo único; art. 562; art. 332 etc.

5.2.3 - Princípio da Ampla Defesa

Em simples busca na Constituição, percebe-se que o termo "ampla defesa" aparece 11 vezes, enquanto que o "contraditório" 3, sendo que duas delas é acompanhado do termo ampla defesa.

Assim, a relação entre ambos é evidente. Contudo, os doutrinadores são divergentes quanto o seu conceito.

1ª corrente: Contraditório é obrigatório, significando o direito de informação, enquanto a ampla defesa é facultativa, significando a possibilidade de reação. É o entendimento de Rui Portanova.

2ª corrente: Fredie Didier aponta que não há razão para essa diferença, uma vez que o contraditório é composto pela ciência + possibilidade de reação + poder de influência. Para o autor baiano, a ampla defesa é identificada com a dimensão substancial do processo, mais propriamente com a nova configuração

do contraditório, composto pelo clássico binômio ciência e reação, adicionado pelo poder de influência.

3ª corrente: a ampla defesa possui acepção mais ampla, consistindo em assegurar que o réu tenha condições de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Já o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, segundo Alexandre de Moraes.

Para a prova, opta-se por adotar o posicionamento majoritário (2ª corrente) segundo o qual com a ampla defesa é englobada pela dimensão substancial do contraditório.

Por fim, em relação aos princípios do contraditório e ampla defesa, atentem-se para as súmulas vinculantes n. 3 e 5, STF.

> SV 3, STF: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão**.
>
> SV 5, STF: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar **não ofende a Constituição**.

As súmulas deverão ser aprofundadas pelo professor de Direito Administrativo, mas, de toda forma, atentem-se para o informativo 849 do STF, em que a Corte rejeitou proposta de cancelamento da SV 5 requerido pelo Conselho Federal da OAB.

Na oportunidade, os Ministros salientaram que a referida súmula vinculante não eliminou o direito de defesa por advogado no âmbito administrativo disciplinar, na medida em que apenas tornou facultativa a presença desse profissional (PSV 58/DF, julgamento em 30.11.2016).

Obs1: Sobre a SV 3, também vale fazer um aparte.

O procedimento de concessão de aposentadoria ou pensão começa no departamento de pessoal do órgão ou entidade do qual o servidor faz parte.

Se preencher os requisitos, concede-se o benefício.

Todavia, posteriormente, deverá haver um controle de legalidade a ser feito pelo Tribunal de Contas, momento no qual o benefício é considerado definitivamente concedido.

O ato, porque necessita de manifestação de vontade de dois órgãos, é chamado de **complexo**.

O que a SV 3 diz é que, para análise do Tribunal de Contas sobre a legalidade da concessão inicial, não é necessário o contraditório e ampla defesa.

Entretanto, será necessário garantir o contraditório e ampla defesa se tiverem se passado mais de 5 anos desde a concessão inicial e o Tribunal de Contas ainda não examinou a legalidade do ato.

5.2.4 - Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à ordem jurídica justa ou Ubiquidade

Também chamado de Indeclinabilidade ou Acesso à Ordem Jurídica Justa ou Ubiquidade, está previsto no artigo 5º, XXXV da CR, bem como no art. 3º, CPC.

> Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
>
> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O art. 5º, XXXV, CRFB pode ser visto sob três óticas:

a) Impossibilidade de limitação do direito de ação;
b) consagração da unidade da jurisdição, isto é, não obrigatoriedade do esgotamento da via administrativa para provocar o judiciário (diferentemente da França, por exemplo, que, ao adotar a dualidade de jurisdição, admite que diversas matérias sejam excluídas da apreciação do judiciário, sendo decididas definitivamente por instâncias administrativas)
c) acesso à ordem jurídica justa, que só existirá se se oferecer um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material e o efetive.

Visto sob a primeira ótica, importante asseverar que, malgrado a previsão constitucional atual, já houve casos ao longo da história que excluiu a apreciação jurisdicional de certos casos.

Ex: o art. 11 do AI-5 dispunham sobre a impossibilidade de apreciação do Poder Judiciário de todos os atos praticados de acordo com aquele normativo. Embora tal situação violasse o art. 153,§4º, CF/67, tal situação foi constitucionalizada pela EC1/69, nos artigos 181 e 182. Vejamos:

> Art. 181. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:
>
> I - os atos do Govêrno Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional nº 12, de 31 de agôsto de 1969;
>
> II - as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais que hajam cassado mandatos eletivos

> ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e
>
> III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.
>
> Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente baixados.

Visto sob a segunda ótica, a Constituição passada (art. 153,§4º, CF/1967, com redação da EC 07/1977) expressamente permitia que a lei condicionasse o prévio esgotamento da via administrativa. Era uma condição de procedibilidade. Vejamos:

> Art. 153, §4° A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

Atualmente, a CRFB/88 é peremptória. Nenhuma causa pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, salvo exceções por ela mesma elencadas, a exemplo do art. 52[80], I e II e art. 217, ambos da CRFB.

Ocorre que há leis que ainda exigem a provocação da via administrativa antes da provocação do Poder Judiciário, a exemplo do art. 8º, parágrafo único, Lei nº. 9.507/97 (Habeas Data); art. 5º, I, Lei nº. 12.016/2009 (MS); art. 7º, § 1º, Lei Federal n. 11.417/2006 (uso da reclamação por descumprimento de súmula vinculante). Vejamos:

> Art. 8° A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.
>
> Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:
>
> I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;
>
> II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou
>
> III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2° do art. 4° ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.
>
> Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
>
> I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
>
> Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

[80] Embora a questão seja afastada do Poder Judiciário, não é afastada da *jurisdição*, uma vez que o Senado exerce a função atípica jurisdicional nesses casos.

> § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.
>
> § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Essas restrições criadas por lei são constitucionais?

Sim. Isso porque, consoante doutrina majoritária, não são sequer restrições à inafastabilidade do Poder Judiciário.

Nos dois primeiros casos, o que se verifica é ausência do interesse de agir, uma das condições da ação, para provocar o Judiciário. Vamos item por item.

Lei do HD: O art. 5º, XXXV, da CF/88 estabelece que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Ora, se não houve pedido administrativo anterior e negativa do acesso ou retificação da informação no prazo legal, **não está caracterizada nenhuma lesão ou ameaça de direito**.

Lei do MS: Se do suposto ato ilegal couber recurso com efeito suspensivo, sem qualquer necessidade de preparo ou caução do lesado, não há interesse de agir, na vertente necessidade, em buscar ao judiciário. Além disso, o que está se proibindo é o manejo do mandado de segurança. A parte poderá, porém, valer-se de ação ordinária ou outro meio processual cabível.

Lei nº. 11.417/2006: o ingresso de reclamação constitucional condicionada ao exaurimento das vias administrativas também não ofende o princípio, pois a lei veda a utilização da reclamação, mas não outro meio idôneo a impugnar aquela ofensa.

Obs: No RE 63.240, o STF considerou constitucional a exigência de prévio requerimento administrativo para haver o interesse de agir de demandar perante o Judiciário, salvo em algumas hipóteses[81].

Tal entendimento, mais uma vez, não viola a inafastabilidade. O art. 5º, XXXV, da CF/88 estabelece que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Ora, como afirmou Barroso, se não houve pedido administrativo anterior e negativa por parte do INSS no prazo legal, **não está caracterizada nenhuma lesão ou ameaça de direito**.

Atenção: nos casos acima elencados, a doutrina majoritária argumenta que não são exceções ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Isso porque

[81] **a**) Não há necessidade de prévio requerimento administrativo para que o segurado ingresse judicialmente com pedido de revisão de benefício previdenciário já recebido; **b)** Se a ação foi proposta em um juizado itinerante; **c)** Se a ação foi proposta sem prévio requerimento administrativo, mas o INSS já apresentou contestação de mérito; **d)** O interessado requereu administrativamente o benefício, mas o INSS não deu uma decisão em um prazo máximo de 45 dias; **e)** O interessado não requereu administrativamente o benefício, mas é notório que, sobre essa matéria, o INSS tem posição contrária ao pedido feito pelo segurado (ex: desaposentação).

devem ser levadas em conta a diferença da inafastabilidade da jurisdição e a necessidade de o autor ter interesse de agir (necessidade, utilidade, adequação).

Entretanto, ainda que se admita que um ou outro caso seja efetivamente uma restrição à inafastabilidade, há de se considerar, consoante afirma Didier, que direitos fundamentais podem sofrer restrições por determinação legislativa infraconstitucional, sendo necessário, porém, que haja justificação razoável.

Em acréscimo, caso a temática seja cobrada em prova, é interessante adicionar o argumento no sentido de que é abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada como *ultima ratio* para a solução do conflito.

Na linha do que já vinha sendo definida como política do Judiciário (vide Res. 125, CNJ), o CPC/2015 (art. 165ss) e a Lei de Mediação n. 13.140/2015 desejam que que o Judiciário seja a última alternativa. Por isso, estabelece vigoroso estímulo ao sistema multiportas, ou resolução alternativa das disputas (ADR – *alternative dispute resolution*).

No que tange ao segundo aspecto da inafastabilidade, isto é, o acesso à ordem justa, podem ser rememoradas aqui as cinco ondas de acesso à justiça citadas no início do pdf da aula 00, divididas em: a) assistência judiciária (justiça aos pobres); b) representação dos interesses difusos (coletivização das demandas); c) novo enfoque de acesso à justiça (efetividade processual); d) dimensão ética e política do direito; e) internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Questões interessantes:

Obs1: a CRFB/88 inovou em dois sentidos no seu texto: a) a CF/67 falava apenas em "lesão a direito individual". A atual Carta promove o silêncio eloquente, abarcando a inafastabilidade não apenas dos direitos individuais, mas também a tutela coletiva; b) a CRFB/88 previu não apenas a inafastabilidade para lesão a direito (tutela reparatória), mas também para ameaça a direito, constitucionalizando a tutela preventiva, legitimando, por conseguinte, a tutela fundada em cognição sumária.

Obs2: A instituição da arbitragem viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição? **Não**, pois não é uma exceção à norma, já que a arbitragem é também jurisdição. Ademais, a arbitragem só pode vigorar para direitos disponíveis, pessoas capazes e tenham concordado com a livre manifestação antes, na forma da Lei 9.307/96, parcialmente alterada pela Lei n. 13.129/2015.

A título de reforço, cita-se que o STF já entendeu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

> EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente:

homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. MS 20.505, Néri). **3.** Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958)

Obs3: Quando houver decisão favorável ao contribuinte proferida de forma definitiva no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), pode a Fazenda entrar em juízo, sob o argumento da inafastabilidade da jurisdição, para que o juízo faça o controle de legalidade, juridicidade ou erro de fato da decisão no âmbito administrativo?

1ª corrente: Segundo o art. 156, IX, CTN, a decisão administrativa irreformável extingue o crédito tributário, de forma que eventual cobrança posterior de crédito já declarado inexistente pela própria Fazenda Pública não encontraria amparo legal. No mesmo sentido é a única interpretação possível do art. 45, Decreto nº. 70.235/72.

2ª corrente: A PGFN entende que, por não existir coisa julgada material no âmbito administrativo, seria plenamente válida a busca do Poder Judiciário para fazer esse controle de legalidade e juridicidade tendo em vista a lesão ao erário.

Obs4: Previsão de vários tipos de tutela jurisdicional

Não é suficiente ter acesso, mas é necessário que o judiciário evite ou corrija a lesão ao direito. Como dito por Cassio Scarpinella, além da *juris-dição,* o processo civil deve promover a *juris-satisfação,* consoante art. 4º, CPC.

> *Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

Para tanto, o ordenamento prevê diversos tipos de tutela, nas mais diversas classificações. Veremos um pouco mais sobre as tutelas quando falarmos do princípio da primazia da decisão de mérito, mais à frente e, mais profundamente, em pdf. posterior.

5.2.5 - Princípio da Duração Razoável do Processo

Previsto no artigo 5º, LXXVIII, CRFB (incluído pela EC 45/04[82]) e art. 4º, NCPC.

> *Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*

Vale dizer que esse direito já estava garantido no Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8.1 CADH, pacto este que no Brasil vigora desde 1992.

> Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[82] Na exposição, há passagem expressa de que "*antes de ser expressamente incorporado à Constituição Federal em vigor (art. 5º, inciso LXXVIII), já havia sido contemplado em outros instrumentos normativos estrangeiros (veja-se, por exemplo, o art. 111, da Constituição da Itália) e convenções internacionais (Convenção Européia e Pacto de San Jose da Costa Rica). Trata-se, portanto, de tendência mundial".*

Mesmo antes de 1992, porém, os autores afirmam que esse princípio era corolário do devido processo legal.

Exatamente essas previsões em outros diplomas foi objeto de questionamento recente. Vejamos:

> **Cespe – DPU/2017:** Para garantir os pressupostos mencionados em sua exposição de motivos, o CPC estabelece, de forma *exaustiva*, as normas fundamentais do processo civil.
>
> Apesar de o CPC garantir às partes a obtenção, em prazo razoável, da solução integral do mérito, esse direito já existia no ordenamento jurídico brasileiro até mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 45/2004.
>
> **Comentários***:* Conforme salientado acima, antes de 1992, a duração razoável era decorrência da cláusula do devido processo legal e, a partir de 1992, com a promulgação da Convenção Americana dos Direitos Humanos, passou a ter previsão expressa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante ressalta Renato Montans[83], a duração razoável é destinada:

a) Ao poder legislativo, para estabelecer medidas e técnicas que permitam a prestação jurisdicional mais célere (arts. 77, 79, 81, 188, 276, 288, § 1º, 356);
b) Ao Poder Executivo, no sentido de fornecer meios materiais e logísticos para adequar o número de juízes e servidores à demanda;
c) Ao Poder Judiciário, na pessoa do juiz na condução do processo (art. 139, II), na possível aplicação do calendário processual (art. 191) e na ordem cronológica de julgamento (art. 12).

Cuidado: não se trata de princípio da rapidez ou celeridade, pois não pode haver atropelos nos direitos das partes. Um processo devido é um processo tempestivo, um processo que dure um tempo razoável. Há processos que têm de demorar mais do que outros porque exigem reflexão e provas mais aprofundadas.

Questões interessantes

a) Como aferir a razoabilidade da demora?

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem uma jurisprudência antiga sobre o tema, segundo a qual existem **quatro critérios** para se aferir a duração razoável do processo:

i. A complexidade da causa

ii. A infraestrutura do órgão jurisdicional

iii. O comportamento do juiz (avaliação se o comportamento do juiz contribui ou não na demora do processo)

iv. O comportamento das partes (se a demora não razoável pode ser atribuída à atividade das partes)

No Brasil a Lei 9.504, de 1997, diz que "*reputa-se razoável o prazo de um ano para um processo que leve à perda de mandato eletivo*". A razão de ser desse dispositivo, porém, é que no âmbito **eleitoral**, a demora faz com que o processo

[83] **Manual de Direito Processual Civil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72.

perca o sentido. Tal prazo não seria razoável para processos que não correm perante a Justiça Eleitoral.

b) Consequências da verificação de demora do processo – como efetivar essa garantia no caso de constatação da violação?

O primeiro instrumento é de natureza administrativa, a representação administrativa contra o juiz por excesso de prazo (**art. 235, CPC**) perante o Corregedor do Tribunal ou ao CNJ. Ouvido previamente o juiz, uma vez constatada a demora irrazoável, será intimado o representado para que, em 10 dias, pratique o ato. Se mantida a inércia, os autos serão redistribuídos ao substituto legal do juiz ou relator contra o qual se representou, para decisão em 10 dias.

Em segundo lugar, a demora irrazoável pode gerar responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, CRFB), com direito de regresso ao juiz (art. 143, CPC);

> *Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:*
>
> *I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;*
>
> *II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.*
>
> *Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.*

Em terceiro lugar, ela pode comprometer a progressão na carreira do magistrado (art. 7º, IV, parágrafo único, Lei da Ação Popular).

> *Art. 7º, VI - A sentença, quando não prolatada em audiência de instrução e julgamento, deverá ser proferida dentro de 15 (quinze) dias do recebimento dos autos pelo juiz.*
>
> *Parágrafo único. O proferimento da sentença além do prazo estabelecido privará o juiz da inclusão em lista de merecimento para promoção, durante 2 (dois) anos, E acarretará a perda, para efeito de promoção por antigüidade, de tantos dias quantos forem os do retardamento, salvo motivo justo, declinado nos autos e comprovado perante o órgão disciplinar competente.*

5.2.6 - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Previsto no art. 1º, III, CRFB e art. 8º, CPC, artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), bem como em diversos outros diplomas internacionais.

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade

> da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.
>
> Artigo 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

O conceito de dignidade humana pode ser decomposto, segundo Luís Roberto Barroso[84], em três elementos:

1) valor intrínseco;

2) autonomia; e

3) valor comunitário.

Após discorrer sobre a origem e evolução do princípio no direito pátrio e comparado, bem como destacar a influência positiva do pensamento de Kant (na obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes) ao afirmar que o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo e não como meio para fins diversos, o Min. Barroso destaca os **três componentes primordiais do conceito**.

Como **valor intrínseco**, a dignidade significa que se deve reconhecer que cada indivíduo é um fim em si mesmo.

Diante disso, decorre um raciocínio antiutilitarista e antiautoritário.

Do *primeiro*, conclui-se que o ser humano não pode ser utilizado como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros. Ex: Por isso, a tortura é inadmissível.

Do *segundo,* infere-se que é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário.

Quanto ao segundo elemento, **autonomia,** tem-se que é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. Ex: liberdade religiosa, de expressão, de associação, direitos sexuais reprodutivos, uniões homoafetivas, todos estão albergados pela autonomia.

Ademais, tem-se que o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos seus projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Por isso, também deve garantir às pessoas o mínimo existencial para que tenham condições mínimas de fazer suas escolhas de vida. Ex: direitos sociais, assistência social etc.

Quanto ao terceiro elemento, **valor comunitário**, também é chamado de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representando o

[84] Texto do Min. Barroso intitulado: "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Pode ser facilmente encontrado na internet.

elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor.

A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional.

Por sua vez, Daniel Sarmento[85] elenca que o conteúdo da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto nos seguintes itens:

a) **valor intrínseco**, que veda sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas;

b) **autonomia**, tanto na dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia. Existem na Constituição direitos que se relacionam à autonomia (liberdade de expressão, religião, profissional etc.), mas inexiste proteção expressa para o direito de ser tratado como um agente capaz de fazer e seguir escolhas de vida, protegido das pressões conformistas ou paternalistas do Estado e da sociedade.

c) **mínimo existencial**, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna. Há direitos sociais previstos na Constituição, mas eles não contemplam todas as necessidades materiais que sejam essenciais para uma vida digna, que também envolvem, por exemplo, o acesso a vestimentas adequadas, à água potável, à energia etc. Para abarcar esses outros itens, existe a dignidade da pessoa humana.

d) **reconhecimento**, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas. Segundo Sarmento, há também normas constitucionais específicas ligadas ao reconhecimento, a exemplo da imposição ao Estado de valorização e proteção das culturas indígenas e afro-brasileiras, mas estão longe de englobar, em toda sua extensão, o direito das pessoas ao respeito e valorização de sua identidade. Para abarcar esses outros itens, existe a dignidade da pessoa humana.

Ainda, Daniel salienta que o princípio da dignidade da pessoa humana possui 7 funções:

i- fator de legitimação do Estado e do Direito: a legitimidade do Estado e da ordem jurídica se ampara em duas ideias fundamentais – democracia e direitos humanos;

ii- norte para a hermenêutica jurídica: a unidade de sentido da Constituição repousa na dignidade da pessoa humana. Embora em intensidade variável, ela está presente em todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados;

[85] Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia, 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92-93.

iii- diretriz para ponderação entre interesses colidentes: enseja a atribuição de peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade, e de um peso menor aos interesses mais afastados desse princípio;

iv- fator de limitação de direitos fundamentais, a exemplo, quando o exercício de um direito conflita com a dignidade humana de um terceiro. É comum nesses casos envolver tensão entre dois direitos fundamentais, devendo se recorrer à ponderação. Esta, por sua vez, pode ser feita de modo abstrato pelo legislador, ou pode ser realizada no caso concreto pelo intérprete (juiz ou não).

Ex1: limitação legislativa legítima a um direito fundamental (liberdade de expressão) foi a criminalização do racismo (art. 20, Lei n. 7.716/89).

Ainda, alguns falam em possibilidade de limitação de direitos fundamentais para proteger a própria pessoa.

Ex1: famoso caso da proibição do lançamento de anões na França, em que o próprio anão gostaria de continuar trabalhando naquela atividade.

É tema bastante controverso, que deixamos para o Professor de Direito Constitucional.

v- parâmetro para o controle de validade de atos estatais e particulares;

Ex1: DPH é parâmetro de controle, inclusive, de emendas à Constituição.

Ex2: pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é possível invalidar atos de particulares se desrespeitarem a DPH.

vi- critério para identificação de direitos fundamentais;

vii- fonte de direitos não enumerados: a DPH é o direito mãe da qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional;

Ex1: direito fundamental de conhecer a origem genética, a identidade do próprio pai;

Ex2: direito à integridade física, psíquica e livre desenvolvimento da personalidade;

Vistos os elementos básicos da dignidade da pessoa humana, resta-nos perguntar em quais hipóteses poderá ser aplicado no **Processo Civil.**

Didier[86], entendendo que a dignidade da pessoa humana é difícil de ser detectada, no processo, distante da concepção de devido processo legal. Mesmo assim, aponta que a sua previsão no NCPC pode ajudar na reconstrução de novos sentidos ao devido processo legal, podendo ser revelado de duas maneiras:

i- construção de normas processuais que visem mais diretamente à proteção da dignidade. Exs: art. 162, III (comunicação por meio de Libras); art. 199 (acessibilidade das pessoas com deficiência aos meios eletrônicos), humanização do processo de interdição (arts. 751, § 3º, 755, II) etc.;

[86] Op. Cit. p. 78-79.

ii- reconstrução de sentido de alguns artigos do CPC, a exemplo das hipóteses de impenhorabilidade, que podem ser interpretadas extensivamente, para abranger outros bens cuja penhora comprometa a dignidade. Ex: próteses, cão-guia de um cego etc.

5.2.7 - Princípio da Isonomia

Prevista no art. 5º, *caput,* CRFB, bem como nos artigos 7º e 139, I, CPC.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
>
> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

No direito constitucional, diz-se que a a igualdade se expressa em três dimensões:

a) a igualdade formal: igualdade perante a lei e na lei – art. 5º, caput, CRFB;

b) a igualdade material: expressa de forma elucidativa por Boaventura de Souza Santos "*Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades*". Prevista na CRFB em seu art. 3º, I e III. Ex: aplicada para justificar cotas em concursos públicos.

Obs1: Segundo a **teoria do impacto desproporcional**[87], viola a igualdade material qualquer prática empresarial, governamental ou semigovernamental, de natureza administrativa ou legislativa que, embora concebida de forma neutra, gere, em consequência de sua aplicação, efeitos desproporcionais sobre certas categorias de pessoas.

Assim, não importa apenas neutralidade no momento de elaboração, mas também que o impacto dessa medida não se caracterize como discriminação indireta, violando o princípio da igualdade.

Ex1: Segundo Vitorelli[88], essa teoria teve origem no leading case Griggs v. Duke Power Co. (1971), julgado pela Suprema Corte Norte Americana.

---

[87] Difundida no Brasil pelo Ministro Joaquim Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade – O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

[88] VITORELLI, Edilson. Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas, 2ª Edição, p. 83.

Willie Griggs ajuizou uma pretensão em favor dos empregados negros da empresa Duke Power Company. O autor questionava, em síntese, a política de promoção da empresa que exigia dos empregados diploma de conclusão do ensino médio e o alcance de uma pontuação mínima em 02 (dois) testes de aptidão. Sustentava o autor que a exigência da empresa violava o Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, ao se impedir, na prática, o acesso dos negros aos melhores postos de trabalho da empresa.

A intenção da empresa, por meio de exigências aparentemente neutras e razoáveis, na prática, redundava em discriminação, pois o único intuito da empresa era salvaguardar sua política de dar preferência aos brancos para a ocupação dos melhores postos de trabalho.

Ex2: No âmbito do STF, aplicou-se a teoria na ADI 1946, que questionava a constitucionalidade da incidência do limite do salário maternidade fixado pela EC nº 20/98 sobre o salário-maternidade. O art. 14 da EC 20/98 estipulava o teto como limite do benefício de salário maternidade.

No entanto, a Suprema Corte entendeu tal limite inconstitucional e concluiu que **o teto dos benefícios do regime geral de Previdência Social não abrange o salário da licença-gestante, que pode ultrapassar esse limite**.

Isso porque, ao limitar o salário maternidade, haveria repasse do ônus ao empregador. E isso ocasionaria uma **discriminação indevida em relação à contratação de mulheres no mercado de trabalho**. O empregador iria preferir contratar homens com salários altos, pois se contratasse mulher e ela engravidasse, iria ter que pagar a diferença entre o teto do INSS e o salário que ela ganhava durante o período de salário-maternidade.

PGR/MPF – Procurador da República/2012 – 26º Concurso

d) Viola a igualdade material qualquer prática empresarial, governamental ou semigovernamental, de natureza administrativa ou legislativa que, embora concebida de forma neutra, gere, em consequência de sua aplicação, efeitos desproporcionais sobre certas categorias de pessoas.

A alternativa D está correta, conforme explanação acima.

c) a igualdade como reconhecimento: significa o respeito que se deve ter para com as minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras, tendo por objetivo construir um mundo aberto à diferença ("*a difference-friendly world*"). Prevista na CRFB, em seu art. 3º, IV.

PGR/Procurador da República/2012 – 26º Concurso

É possível afirmar em relação aos princípios da interculturalidade e do multiculturalismo que:

I – Fundamentam-se no princípio da igualdade formal, na medida em que preveem a equiparação de diferentes culturas e etnias perante a lei.

II – Possuem lastro na chamada luta pelo reconhecimento e viabilizam políticas públicas de promoção do direito à diferença dentro de um mesmo Estado.

III – Pressupõem, no interior do Estado Nacional, grupos que possuem modos próprios de criar, fazer e viver, bem como formas próprias de expressão.

IV – O homem, para além de sua dimensão individual, é um ser social, fraternal e comunicativamente vinculado.

Estão corretas as assertivas:

a) I e II.

b) I, II e III.

c) II e III.

d) II, III e IV.

Comentários

O item I está incorreto. O fundamento não é na igualdade formal, mas sim na igualdade como reconhecimento (3ª vertente).

O multiculturalismo advoga o contrário do integracionismo. Este, que vigorou durante muitos anos no Brasil (vide Estatuto do Índio), direcionou o agir estatal para um intento homogeneizante e integrador. O Estado deveria tratar as culturas distintas de modo especial, até que elas fossem integradas à cultura nacional.

O multiculturalismo, que segundo alguns foi acolhido pelo texto constitucional (art. 216, CRFB), entende que não deve haver política de assimilação à cultura dominante, mas sim respeito à diversidade (vide Convenção 169 OIT).

O item II está correto.

Ex1:

Art. 231, § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ex2:

ADCT, Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Os itens III e IV estão corretos. São transcrições do texto de Deborah Duprat, "O Estado Pluriétnico", facilmente encontrado na internet.

No processo civil, é interessante ter a isonomia correlacionada ao **princípio da paridade de armas**, segundo o qual as partes devem ter igual oportunidade dentro do processo. Como exemplo, as partes terão prazo uniforme para interpor e contrarrazoar recursos (15 dias úteis, salvo embargos de declaração, que são 5 dias úteis).

Com a adoção da igualdade material, em se constatando hipóteses de hipossuficiência de uma parte em relação a outra, poderá haver discriminação positiva.

Dentre essas hipóteses, podemos citar:

a) Inversão do ônus da prova, que no sistema atual está apenas no CDC (art. 6º VIII), mas que o NCPC traz a teoria da carga dinâmica da prova, na forma do art. 373, § 1º, instituto de influência argentina, cujo principais precursores foram Jorge W. Peyrano e Augusto Morello.

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

b) Prerrogativas da Fazenda Pública, subdivididas em: a) prazo diferenciado (art. 183 – prazo em dobro); b) remessa necessária (art. 496); c) desnecessidade de adiantamento das custas processuais (art. 91); d) intimação/citação pessoal (art. 183, § 1º)

c) Prerrogativa do MP e DP: a) prazo em dobro; b) citação/intimação pessoal[89].

d) nomeação de curador especial quando o réu está em desvantagem: a) réu revel citado de maneira ficta- edital e hora certa; b) réu preso revel; c) incapaz quando: i- não tiver representante legal; ii- interesses daquele colidirem com os deste.

e) tramitação prioritária: a) idosos (art. 71, Estatuto); b) ECA; c) portadores de doenças graves (art. 1.048, CPC); d) portadores de deficiência (art. 9º, VII, Lei n .13.146/2015).

f) Alteração no procedimento no NCPC: o juiz poderá dilatar os prazos e alterar a ordem das provas (art. 139, IV), de acordo com a complexidade da causa.

g) Ao trazer o sistema de precedentes (microssistema), o NCPC tenta garantir a igualdade e previsibilidade, que leva à segurança jurídica.

h) Ordem cronológica:

> Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)
>
> § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.
>
> § 2º Estão excluídos da regra do caput:
>
> I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

---

[89] Cuidado: o STJ decidiu, em 23/08/2017, o REsp 1.349.935-SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, em sede de recurso repetitivo, no qual aduziu que o **termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado.**
Entretanto, o referido posicionamento se aplica aos **processos criminais**. Aos **processos cíveis** ainda não há decisão do STJ a respeito, mas devemos seguir a disposição legal que, no art. 1.003, § 1º, CPC, diz: **Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão**.

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

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

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

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

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

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

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

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

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

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

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

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

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Abordaremos melhor a ordem cronológica no tópico relativo à **jurisdição,** no próximo *pdf*.

5.2.8 – Princípio da Cooperação

A doutrina costuma listar dois grandes modelos de direito processual, o **modelo inquisitivo** e o **modelo dispositivo (adversarial)**.

Modelo Inquisitivo: Caracteriza-se por um protagonismo judicial na condução do processo.

Didier, abordando o assunto, assevera que, para entendermos essa afirmação, é necessário partir de algumas premissas.

A primeira premissa é a de que **não há modelos puros**, nenhum deles é só inquisitivo ou só dispositivo. Desta forma, quando se diz que o processo é inquisitivo, estamos falando de uma predominância da inquisitividade.

A segunda premissa importante é a de que há vários setores do processo em que a inquisitividade pode ou não revelar-se. O processo será inquisitivo se predominar a inquisitividade nesses setores, quais sejam:

i. Quem dá início ao processo

ii. Quem define o objeto do processo

iii. A quem cabe a produção de provas

iv. A quem cabe promover a execução da decisão

Aqui temos os quatro aspectos mais significativos para a aferição da inquisitividade. Se verificarmos uma predominância do papel do juiz em cada um desses aspectos, teremos um processo inquisitivo.

Obs: Sempre que uma regra processual, qualquer que seja, atribuir ao juiz um poder que não seja o de julgar, fala-se que ela segue o modelo inquisitivo.

Modelo dispositivo: É aquele em que predominam as partes na condução do processo, são elas as grandes protagonistas. Ao juiz cabe a tarefa de julgar, assumindo papel de espectador.

No que tange aos dois primeiros critérios, quais sejam, **quem dá início ao processo e quem define o objeto do processo**, de um modo geral, em todos os países ocidentais cabe às partes instaurar o processo e definir o objeto do processo. Dificilmente se vê um processo que o juiz pode instaurar de ofício, e decidir algo que não foi pedido. Portanto, para sabermos se o modelo é predominantemente inquisitivo ou dispositivo, não importarão esses dois primeiros setores, já que estes cabem ao juiz em quase todos os países ocidentais. Devemos analisar, assim:

iii. A quem cabe a produção de provas

iv. A quem cabe promover a execução da decisão

Desta forma, para sabermos se o processo civil brasileiro é inquisitivo ou dispositivo, devemos aferir se o juiz pode determinar a produção de provas de ofício E se pode promover a execução de ofício.

No Brasil, **o juiz pode determinar a produção de provas de ofício (art. 370)**, de modo que em matéria probatória adotamos, segundo Didier, o modelo inquisitivo.

Quanto à execução, salvo a execução por quantia, **todas as outras o juiz pode promover de ofício**.

Por causa disso, Fredie Didier, por exemplo, dá a entender que, se adotássemos o binômio dispositivo/inquisitivo, **o processo civil brasileiro seria inquisitivo**, exatamente por essas duas características.

Cuidado!!! Em prova, recomenda-se não dizer que o processo civil é inquisitivo. Ainda mais com o novo CPC. O processo civil adota o **modelo cooperativo**, conforme veremos linhas à frente.

Essa explicação foi apenas para os senhores gravarem que, por óbvio, não há sistema puro, então temos, em nosso processo civil, algumas marcas de dispositividade e algumas marcas de inquisitividade. Vejamos:

- Em relação a instauração do processo, e a congruência da decisão com o pedido, o processo brasileiro é *dispositivo*.

- Em relação a produção de provas, o juiz pode produzi-las de ofício, adotando-se o princípio inquisitivo.

- Em relação a disposição do direito discutido – se o direito for disponível, o modelo é dispositivo. Se o direito for indisponível, o modelo é inquisitivo.

Remessa necessária – manifestação de inquisitividade, pois, mesmo que ninguém peça, a causa tem de subir.

Didier adverte que é preciso tomar cuidado, no entanto, para não estabelecer relações indevidas. Há muitos que dizem que processo inquisitivo é coisa de ditadura e processo dispositivo é coisa de democracia. Essa associação, segundo o doutrinador baiano, é totalmente indevida. Há várias democracias que utilizam de vários preceitos inquisitivos no Processo Civil (Brasil, Alemanha, Portugal, etc).

Garantismo processual

O **garantismo** também se espraiou para o Processo Civil, assumindo a forma de **garantismo processual**. O garantismo é uma concepção filosófica segundo a qual qualquer poder atribuído ao juiz que não seja o de julgar é manifestação clara de autoritarismo. Para os garantistas processuais, poder o juiz determinar a produção de provas de ofício seria um absurdo.

Glauco Gumerato[90], em artigo que diferencia garantismo de ativismo, aponta as suas características:

> Para uma primeira – e genérica – compreensão do que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o **ativismo judicial** defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise valoriza o compromisso constitucional da jurisdição, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o **garantismo** processual defende uma maior valorização da categoria fundamental processo, e conseqüentemente da cláusula constitucional do due process, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o **ativismo**, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o **garantismo**, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os garantistas buscam aplicar as bases dogmáticas do garantismo de Luigi

[90] Vide artigo denominado "Ativismo e Garantismo Processual", facilmente encontrado na internet.

Ferraijoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.

Sabe-se que o Processo Civil tem um tripé de institutos jurídicos fundamentais, quais sejam, jurisdição, processo e ação.

Glauco aponta didaticamente qual seria o enfoque das respectivas teorias. Enquanto que os ativistas (carga alta de inquisitividade) conferem proeminência à jurisdição, à necessidade de se atingir um resultado justo com sua atuação, para os garantistas, o processo (devido processo) é a categoria fundamental da disciplina.

O garantismo processual tem ganhado muita força no Brasil recentemente, com a produção de vários trabalhos com o propósito de retirar cada vez mais poderes do juiz. Consoante Didier, foi o garantismo processual que reduziu a cláusula geral do poder de adequação do processo pelo juiz, que estava inserida no projeto do NCPC, restringindo-a à possibilidade de dilação de prazos processuais (art. 139, VI).

Por fim, deve-se fazer a seguinte diferenciação:

a) ativismo judicial material: relaciona-se com a criatividade do juiz, ou seja, a possibilidade de o juiz utilizar princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados de forma mais ampla na resolução do caso concreto.
b) ativismo processual: representa a participação mais ativa do juiz na condução do processo, aumentando a carga de inquisitividade, postura essa criticada pelos garantistas.

Longe de haver uma pacificação na doutrina processualista, salienta-se que, na atualidade, o debate ativismo versus garantismo divide a doutrina do processo civil e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias que acaba por apartar os processualistas em verdadeiras "trincheiras ideológicas".

O que é importante para as provas?

Se houver algum questionamento envolvendo poderes do juiz, poderá o candidato adentrar no tema dos poderes instrutórios do magistrado, discorrendo sobre esses dois modelos de compreensão do processo, de modo a enriquecer apenas citação literal do art. 370, do Código de Processo Penal.

Lembre-se que, às vezes, a mera citação de duas correntes teóricas, mesmo que sem maiores explanações de seus respectivos entendimentos, já pode ganhar o examinador e demonstrar que o candidato conhece além da letra da lei.

Modelo cooperativo

Será que a classificação dos modelos processuais em inquisitivo/dispositivo seria suficiente para explicar todos os sistemas? **Não.**

Hoje em dia fala-se muito na criação de um terceiro modelo, um modelo-síntese, denominado de **modelo cooperativo**. O modelo cooperativo consistiria em um processo em que não haja protagonismos em sua condução. A condução do processo seria compartilhada, cooperativa, de modo que partes e juiz, sem protagonismos, sem assimetrias, conduziriam o processo. No momento da

decisão, o juiz decidiria, mas a condução do processo seria compartilhada, sem submeter o juiz à vontade das partes e nem as partes à vontade do juiz.

Uma condução cooperativa é uma condução pautada no diálogo e no equilíbrio entre todos os sujeitos do processo. É dizer, o juiz "desce do pedestal", fica no mesmo patamar das partes, e todos, no mesmo nível, respeitando o diálogo e os interesses de cada um, devem colaborar para que a decisão seja a melhor possível.

Alguns (por todos, Daniel Assumpção) criticam essa concepção, alegando que o processo não é um "passeio no jardim".

Doutro lado, os defensores de tal modelo asseveram que o modelo cooperativo não é uma visão ingênua e utópica do processo, é um modelo que impõe parâmetros objetivos para a manutenção do equilíbrio e a construção compartilhada do processo.

Poderíamos dizer que existe um **princípio da cooperação** (art. 6º, CPC) que impõe um modelo cooperativo de processo. Esse princípio seria corolário de dois grandes princípios: o **devido processo legal** (art. 5º, LIV, CRFB c/c art. 1º, CPC) e a **boa-fé** (art. 5º, CPC). Veremos alguns exemplos mais à frente.

Princípio da cooperação processual é um dos assuntos "da moda" hoje em dia. Portanto, certamente cairá em prova.

O princípio da cooperação tem, por **principal característica**, **transformar a atuação do juiz**, gerando para ele **quatro deveres principais**, quais sejam:

i. Dever de esclarecimento: é um dever que se subdivide em duas dimensões. A primeira faceta do dever de esclarecimento é uma mais antiga, que é o dever de o juiz esclarecer seus posicionamentos. O juiz tem o dever de esclarecer as dúvidas que decorrem de seus pronunciamentos, tem o dever de ser claro **(art. 489, § 1º, CPC).**

A segunda dimensão do dever de esclarecimento é o dever de esclarecer-se quando o juiz tiver dúvida sobre aquilo que as partes pleiteiam. O juiz não pode indeferir um pedido sob o fundamento de que não o compreendeu, sem antes intimar a parte para que ela o esclareça. Ex: saneamento compartilhado (art. 357, § 3º, CPC).

> *Art. 357, § 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, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações*

ii. Dever de prevenção: o juiz tem o dever de apontar defeitos que comprometam a validade do processo e dizer como eles devem ser corrigidos. Em um processo cooperativo, o juiz não pode se manter inerte ao constatar um defeito processual, aguardando o fim do processo para julgá-lo sem exame do mérito. Ex1*:* quando o relator verifica a ausência de uma peça em um agravo de instrumento, ele deve atestar a falta, e dizer qual a peça que está faltando para que o agravo seja corrigido. Ex2: na emenda da petição inicial, deve indicar o que está faltando.

> Art. 321 O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.
>
> ENUNCIADO 95/CJF – O juiz, antes de rejeitar liminarmente a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 5º, do CPC), deve intimar o impugnante para sanar eventual vício, em observância ao dever processual de cooperação (art. 6º do CPC).

iii. Dever de consulta: de acordo com este dever, o juiz não pode decidir com base em questão a respeito da qual as partes não foram intimadas a se manifestar. O novo CPC coloca o dever de consulta como uma das normas fundamentais.

> Art. 9o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
>
> I - à tutela provisória de urgência;
>
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
>
> III - à decisão prevista no art. 701.
>
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

iv. Dever de adequação: O juiz deve adequar o procedimento às necessidades do processo. Contudo, a possibilidade de adequação ficou mais limitada do que queriam alguns doutrinadores, permitida apenas nos casos expressos em lei.

Exemplos: para inversão da ordem das provas (art. 373, § 1º), ou ainda a ampliação de prazos, quando houver, por exemplo, dificuldade para o cumprimento do prazo posto na lei (art. 139, VI, e art. 437, § 2º).

Doutro lado, se as partes efetivarem uma negociação processual (art. 190), a adequação é feita pelas próprias partes e aceita pelo **juiz**, devendo este recusá-la somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

MPPR/2019: d) A cooperação processual é princípio que atinge apenas as partes, no Código de Processo Civil.

Comentários: Alternativa incorreta. Atinge também o juiz.

5.2.9 - Princípio da publicidade

Prevista no art. 5º, LX, art. 93, IX, ambos da CF e nos arts. 8º e 11, do CPC.

> Art. 5º, LX *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.*
>
> Art. 93, IX *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos os quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
>
> *Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*
>
> *Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*
>
> *Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.*

O processo em meio eletrônico, por óbvio, deverá também observar a publicidade (art. 194, CPC c/c Lei 11.419/2006)

A publicidade processual tem **duas dimensões**:

i. Dimensão interna: o processo tem de ser público para as partes, publicidade interna esta que deve ocorrer sem restrição alguma.

ii. Dimensão externa: o processo tem que ser público para quem não faz parte dele, possibilitando um **controle público do exercício da jurisdição**. A publicidade externa, contudo, pode sofrer restrições autorizadas pela própria Constituição (arts. 5º, LX, 93, IX) e pela lei (art. 189, CPC).

> *Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:*
>
> *I - em que o exija o interesse público ou social;*
>
> *II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;*
>
> *III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;*
>
> *IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.*
>
> *§ 1º O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores.*

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

Obs: No processo penal que corre perante a Justiça Federal, a Resolução nº. 58 de 2009, do Conselho da Justiça Federal disciplina como deverá ser mantida a *publicidade restrita.*

5.2.10 - Princípio[91] da motivação das decisões judiciais

Prevista no art. 93, IX, CRFB e art. 489, CPC.

Art. 93, IX *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos os quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, ***seja ela interlocutória, sentença ou acórdão****, que:*

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de ***colisão entre normas****, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Objetivos (Caiu no TJSP 186º).

[91] Embora Fredie Didier fala em "regra" da motivação das decisões judiciais, seguiremos a doutrina majoritária que diz se tratar de princípio.

- ✓ Controle externo: da atividade estatal é inerente ao Estado democrático. Como o juiz não é eleito pelo povo, donde emana o poder (art. 1º, parágrafo único, CRFB), a sua atividade é legitimada, sobretudo, por meio da fundamentação das suas decisões.
- ✓ Controle interno: é pela fundamentação que as partes terão possibilidade de interpor recursos, bem como que o Tribunal avaliará a correção do julgamento (controle vertical da atuação do juiz).

Sistema do NCPC

De início, é preciso dizer que o art. 489 do NCPC não fala apenas da fundamentação das sentenças, mas das decisões judiciais como um todo. Ele busca evitar as decisões não raramente proferidas atualmente eivadas de "fundamentação genérica", que não atrelam os fatos à fundamentação.

O art. 489, §1º, do NCPC explicita nos seus incisos as hipóteses em que não se considera fundamentada a sentença:

> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; Ex: Por conta do dever de proceder conforme a boa-fé objetiva (art. 5º, CPC), condeno a parte autora em litigância de má-fé (sem explicar qual conduta da parte que a fez incorrer em tal sanção).
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; Ex: por não vislumbrar fumus boni iuris e periculum in mora, indefiro o pedido de tutela provisória de urgência.
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; Ex: por conta do princípio da dignidade da pessoa humana, julgo procedente ou improcedente o pedido.
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; obs: É o mais complexo. Iremos tratar adiante.
>
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; Obs: Se no sistema atual de CPC se dá força normativa aos precedentes, não posso invocar nenhuma fonte sem fazer a devida correlação. Aqui que entra a técnica do distinguishing, que pode, segundo vimos na questão 6, ser compreendida sob duas óticas: i- técnica que conceitua o cotejo do caso concreto com o precedente; ii- técnica que se utiliza para diferenciar o caso concreto do precedente.
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Ex: por conta da sistemática de precedentes vinculantes (art. 927, CPC), os juízes e tribunais deverão observá-los, salvo se fizerem a devida distinção do caso concreto em relação ao precedente.

Distinguish:

O art. 489, §1º, incisos V e VI fazem alusão à técnica do *distinguishing,* que é a técnica de cotejar o caso concreto ao precedente, seja para admiti-lo (*distinguishing* positivo) ou para afastá-lo (*distinguishing* negativo). O ponto fulcral será sempre os fatos. Quais fatos relevantes deram origem ao precedente, quais fatos relevantes são da causa de agora.

Pode também o magistrado deixar de aplicar o precedente (enunciado de súmula, jurisprudência, ou qualquer precedente trazido pelas partes) ao caso concreto, caso demonstre a superação do entendimento (*overruling ou overriding*). O *overruling (revogação total)* ou *overriding (*revogação parcial) é a revogação do precedente pelo próprio tribunal que o criou ou por uma corte superior.

Art. 489, § 1º, IV

As decisões do STJ e do STF são fartas no sentido de não obrigar o julgador a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo. Entretanto, como visto, o art. 489, §1º, IV, diz expressamente o contrário.

Embora grande parte da doutrina entenda que o juiz deve sim perpassar por todos os argumentos alinhavados pelas partes, o STJ, interpretando já o NCPC, asseverou peremptoriamente que o dispositivo acima não obriga o juiz de rebater todos os argumentos aduzidos na inicial, mas apenas aqueles que são capazes de infirmar a conclusão adotada.

> **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão**. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Essa é a interpretação que se extrai do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. Assim, **mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada**. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em **8/6/2016** (Info 585).

Se não for assim, a duração razoável do processo ficará bastante comprometida, pois há petições com centenas de argumentos totalmente irrelevantes. Vejam os seguintes enunciados da ENFAM:

> 10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.
>
> 12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.
>
> 13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

Há controvérsia se o art. 498 se aplica aos juizados. A ENFAM entende que não, ao passo que a I jornada de Direito Processual Civil entendeu que sim:

> Enfam – 47 - O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais.
>
> CJF - 37 – Aplica-se aos juizados especiais o disposto nos parágrafos do art. 489 do CPC.

Indica-se mencionar os dois posicionamentos, e seguir o elaborado na I jornada de Direito Processual Civil, por representar a doutrina majoritária.

Art. 489, § 2º

No que tange ao art. 489, par. 2º, esse dispositivo foi inserido na tentativa de **obrigar o juiz a fundamentar os casos de ponderação**, bem como fazer uma referência expressa às premissas fáticas.

Isso porque o que se percebeu foram fundamentação de decisões judiciais bastante discricionárias. Isto é, os juízes passaram a se utilizar de princípios (ex: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade), para decidirem conforme suas próprias convicções pessoais, sem fundamentar juridicamente. Utilizava-se da dignidade da pessoa humana para tudo, sem justificar adequadamente a razão de se estar também afetando outros princípios jurídicos do sistema. Vejamos:

> *§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*

Parte da doutrina aponta basicamente dois pontos negativos do supracitado dispositivo:

i) Não cabe à norma positivar uma posição doutrinária, até mesmo porque a técnica da ponderação não é adotada por todos no ramo jurídico. No artigo, adotou-se, segundo alguns, a concepção de Robert Alexy e sua técnica da ponderação.

ii) A teoria da ponderação se refere à colisão de princípios, enquanto o artigo fala em colisão de "normas", que, como se sabe, é gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Embora haja posição doutrinária minoritária pela possibilidade de ponderação de regras (ex: Humberto Ávila), a concepção majoritária é pela impossibilidade de as regras serem ponderadas.

Formas de Impugnação

Mas e se a sentença desrespeita qualquer um dos incisos do art. 489, do NCPC, qual recurso é cabível?

Cabem embargos de declaração, conforme art. 1022, parágrafo único, II, do NCPC, que dispõe expressamente ser omissa a decisão judicial que incorra em qualquer um dos casos acima vistos. Vejamos:

> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

> II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
>
> III - corrigir erro material.
>
> Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: (...)
>
> II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

5.2.11 - Princípio da Primazia da decisão de mérito

Percebam, de início, que é um princípio que está sendo bastante explorado em provas de concurso.

> MPGO, 2016: Discorra sobre o princípio da primazia da decisão de mérito, consagrada no CPC, demonstrando quatro situações processuais em que o princípio se concretiza.
>
> Comentários: Deverá o candidato discorrer sobre tudo o que falaremos neste tópico. Daremos não só 4 exemplos, mas sim o dobro (8).

Consoante dissemos em tópicos passados, o **modelo constitucional de Processo Civil** impõe que promovamos, nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, não só a *juris-dição,* mas também a *juris-satisfação*. O art. 4º do NCPC vem justamente nesse sentido.

> Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Como concretizações de tal princípio, poderíamos citar oito exemplos[92]:

1 – A previsão no art. 1.007, §§ 2º e 4º, CPC, de que a parte que realizou insuficientemente o preparo terá a possibilidade de complementar, em 5 dias, bem como que a parte que não realizou qualquer preparo terá a oportunidade de realizar o preparo em dobro. Todo esse esforço com vistas a solucionar o mérito, impedindo a antiga e famosa jurisprudência defensiva dos Tribunais que se apegavam em questões formais para não admitir recursos;

> Art. 1.007. 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.
>
> § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.
>
> § 2º A **insuficiência** no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a **supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias**.
>
> § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.
>
> § 4º O recorrente que **não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo**, inclusive porte de remessa e de

[92] Há ainda outros exemplos: art. 218, § 4º; art. 488, art. 1.024, § 3º; art. 1.025; art. 1.032; art. 1.033.

retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o **recolhimento em dobro**, sob pena de deserção.

§ 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º.

§ 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.

§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a 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 5 (cinco) dias.

2 – Previsão do art. 932, parágrafo único, CPC de que o relator, "*antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível"*.

3 – Previsão do art. 317 de que "*antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício*", combinado com o art. 139, IX, que diz "o juiz dirigirá o processo, determinando o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais". Como normas gerais, tal preceito pode ser aplicado pelo juiz em variados casos.

4 – Em casos de nulidade, quando o juiz poder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, não a pronunciará.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

A mesma ideia está no art. 488, CPC.

Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

CESPE/DPE-PE – Defensor Público/2018

Em determinado processo, o réu não foi citado nem apresentou contestação. O magistrado, além de não declarar o processo nulo, julgou-o, no mérito, favoravelmente ao réu.

Nessa situação hipotética, a conduta do magistrado foi correta porque

a) ele aproveitou atos que não dependem da citação.

b) ele julgou favoravelmente o mérito da causa para a parte que seria beneficiada caso a nulidade fosse decretada.

c) o autor não requereu a nulidade do processo.

d) o autor foi o causador da nulidade.

e) a declaração de nulidade processual depende de requerimento da parte.

Comentários: A alternativa B está correta. É a aplicação do art. 282, §2º, CPC.

VUNESP/TJMT – Juiz de Direito Substituto/2018 - E) desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual sentença terminativa.

Comentários: A alternativa está correta. É a aplicação do art. 488, CPC.

5 – Quando a parte ré alegar ilegitimidade passiva, não precisará extinguir aquele processo sem resolução do mérito. O juiz facultará ao autor, em 15 dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

> Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.
>
> Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os 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.

6 – Se o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, havendo interposição de apelação, ele poderá se retratar em todos os casos do art. 485, CPC.

> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

7 - Não é suficiente ter acesso, mas é necessário que o judiciário evite ou corrija a lesão ao direito. Como dito, o processo civil deve promover a *juris-satisfação*. Nesse sentido, o ordenamento tem que dar ao juiz mecanismos para buscar a tutela específica. *No NCPC, temos a concretização de tal desiderato nos seguintes dispositivos: art. 297 (poder geral de cautela), antigo art. 798, CPC/73; art. 497 (poder geral de efetivação), antigo 461, §5º, CPC/73; art. 139, IV (atipicidade dos meios executivos).*

> Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
>
> Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.
>
> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.
>
> Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

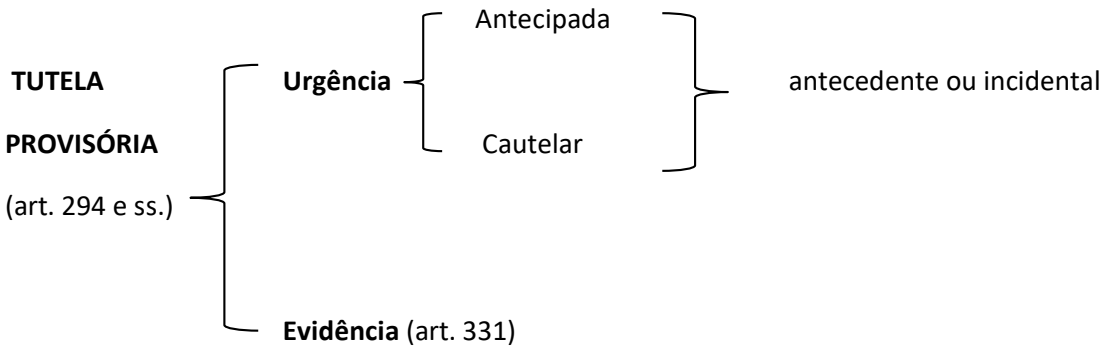
8 - Como decorrência da inafastabilidade da jurisdição, diz-se que não se pode impor ao autor o ônus do tempo do processo. Daí a existência de tutelas de urgência e inibitórias.

Para tanto, o NCPC traz como novidade a regulação para as **tutelas provisórias**, que é um gênero do qual são espécies as:

a) tutela de urgência: tutela *antecipada* e *cautelar* (não há mais cautelares em espécie nem processo autônomo);

b) tutela de evidência: permite que o juiz ofereça no início a tutela (antecipação dos efeitos práticos do provimento final) em razão da evidência do direito do autor (art. 311, CPC).

Vejamos o esquema:



Todos esses dispositivos também simbolizam o princípio da instrumentalidade das formas (art. 276, CPC), no sentido de que o objetivo do Processo Civil não é decretar nulidade, mas sim resolver o mérito. Se o ato atingiu sua finalidade, segue o jogo.

> Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

TJMG/Juiz de Direito Substituto/2018

Foi indeferida prova pericial requerida pelo autor. Acolhida a pretensão inicial, o autor apelou somente para alegar cerceamento de defesa porque entende ser absolutamente necessária a prova indeferida. Ao julgar a apelação, o Tribunal negará provimento aplicando o princípio

A) da isonomia.

B) da celeridade.

C) da cooperação.

D) da instrumentalidade das formas.

Comentários: A alternativa D está correta.

Questões interessantes

Também decorrente de interpretação do **art. 4º, CPC**, diz-se que existe um **direito fundamental à efetividade**.

Sobre o tal princípio da efetividade, iremos tratar quando abordarmos o tema **tutela.** Porém, a fim de matar a curiosidade, adiantaremos posicionamentos de Pontes de Miranda e Marinoni que caem muito em prova.

Segundo Pontes de Miranda, a sentença é dotada de cargas, seja *declaratória, constitutiva* ou *condenatória*, não havendo sentença pura. Assim, quando se fala que uma sentença é declaratória, é porque a carga declaratória é maior que as outras cargas, não significando que as cargas mandamental ou condenatória não existam. Ex: para condenar alguém a pagar certa quantia, é preciso antes declarar que a obrigação existe. Nesse caso, a carga condenatória é maior que a declaratória.

Não bastasse, Pontes de Miranda conferia números a essas cargas, dizendo que todas as cargas, somadas, tinha de dar o número 15. Daí advém a **teoria do constante 15**, já perguntada em prova[93].

Como criação própria, o jurista também afirmava que, nas obrigações de dar, fazer e não fazer, mais que uma *condenação*, *declaração* ou *constituição*, o juiz possa afirmar tutela *mandamental* ou *executiva lato sensu* (teoria quinaria).

Mandamental é ordem acompanhada de medidas coercitivas para forçar o réu a cumprir a determinação do juiz (ex: fixação de *astreintes*).

Executivas lato sensu são medidas que o próprio estado juiz se substitui ao réu no cumprimento da obrigação, na chamada subrogação (ex: mandado de busca e apreensão, mandado demolitório).

Marinoni, por sua vez, traz classificação outra que não é aquela quinaria. Ele parte de outro critério, qual seja, momento em que se pede a tutela e momento de prática do ato ilícito.

Hipótese 1: Havendo ameaça, não preciso esperar consolidação ou a prática do ato ilícito, posso sim buscar tutela condenando a não fazer (é tutela inibitória da prática do ato ilícito).

Hipótese 2: Havendo lesão a direito, poderá ser concedida tutela reintegratória, com o desiderato de reintegrar o direito do autor in natura (as duas são específicas).

Hipótese 3: Se as vezes não há mais o que fazer, não tem como volver ao *status quo,* reparar o dano, compensá-lo, busca-se a tutela é ressarcitória.

Diferença entre eficiência (art. 8º, CPC) e efetividade:

Efetividade se liga à satisfação ou não do direito (entrega do bem da vida pleiteado).

[93] Pergunta que caiu, inclusive, na minha prova oral do TRF 4ª Região/2016-2017.

Eficiência está mais ligada à Administração Judiciária e gestão do processo (de modo menos custoso, demorado etc.).

Um processo inefetivo é necessariamente ineficiente. Mas pode ser efetivo sem, porém, ter sido eficiente. O poder judiciário pode realizar o direito de uma maneira pouquíssima eficiente (ex: efetivar direito gastando fortuna, depois de tempo muito longo, etc.).

Um processo, atualmente, tem de ser efetivo e eficiente.

5.2.12 - Princípio da Boa-fé

Está implícito na Constituição, mas explícito no CPC (arts 5º, 322, § 2º, 489, § 3º). No CPC/73, estava previsto no art. 14, II.

> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
>
> Art. 322, § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.
>
> Art. 489, § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.
>
> *Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:* (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)
>
> *II - proceder com lealdade e boa-fé;*

Um processo, para ser devido, deve ser pautado na boa-fé (devido processo leal). Para compreender o sentido dessa afirmativa é preciso, antes, fazer uma distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva, segundo Didier, é um fato da vida: o fato de o sujeito acreditar estar agindo com licitude. É a crença em sua atuação lícita. Este fato, em muitas situações, é levado em consideração pelo direito, que protege aquele que está de boa-fé, aquele que acredita estar agindo licitamente.

E*x: o possuidor de boa-fé, que acredita possuir a coisa licitamente, tem uma série de direitos que lhe são garantidos na usucapião, disputa sobre frutos e benfeitorias, responsabilidade pela perda ou deterioração.*

A boa-fé objetiva, por sua vez, é uma norma que impõe comportamentos éticos, leais, de acordo com *padrões objetivos de conduta* vigentes em uma determinada coletividade. Pode-se dizer, assim, que a boa-fé objetiva não tem a ver com a crença da pessoa.

> ENUNCIADO 1/CJF – A verificação da violação à boa-fé objetiva dispensa a comprovação do animus do sujeito processual.

Segundo Humberto Theodoro, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco e Flávio Quinaud[94]:

[94] THEODORO, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo CPC: Fundamentos e Sistematização, 1ª ed. p. 159.

> O princípio da boa-fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados

O Século XX se caracterizou pelo desenvolvimento significativo da boa-fé do âmbito privado[95]. A exemplo, a doutrina civilista destaca a boa-fé objetiva em três funções: a) função interpretativa (art. 113, CC); b) função limitadora (art. 187, CC); c) função integrativa (art. 422, CC).

A doutrina ainda elenca institutos decorrentes da boa-fé objetiva, sendo os mais importantes os seguintes: *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium, exceptio non adimplente contractus* (ou *tu quoque),* a *exceptio doli* (desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*), *duty to mitigate the loss*.

Por conta desse desenvolvimento, a boa-fé foi se espraiando ao âmbito público, atingindo, sobremaneira, o Processo Civil.

Em um nível infraconstitucional, tínhamos uma disposição no **art. 14, II, CPC/73** que poderia ser considerada a previsão da boa-fé objetiva processual. Na década de 70, porém, interpretava-se o trecho ("as partes devem proceder com lealdade e boa-fé") no sentido de que se exigia da parte que ela atuasse sempre com boa-fé subjetiva, acreditando que seu comportamento fosse correto. Essa interpretação, no entanto, era errônea.

Ainda na vigência do CPC/73, a interpretação deste texto se alterou, de modo que ele passou a ser entendido como **a base de uma boa-fé objetiva processual**, ou seja, traduzia um dever de comportar-se de acordo com um padrão de conduta objetivamente considerado.

No novo CPC esse inciso II do art. 14 se transforma em artigo autônomo, (**art. 5º**), para representar explicitamente uma garantia do princípio da boa-fé processual. Além do art. 5º, o NCPC também o previu, expressamente, nos artigos 322, §2º e 489, §3º, CPC.

Segundo advertência de Didier, o princípio da boa-fé poderia ser enquadrado como conteúdo do **devido processo legal**. Processo devido é processo paritário (igualdade), tempestivo (duração razoável), efetivo, adequado, público e leal (boa-fé).

A quem se dirige o princípio?

O princípio da boa-fé se dirige a todos os sujeitos do processo, inclusive ao juiz.

Quais são as suas concretizações?

O princípio da boa-fé decorre de uma cláusula geral. Assim sendo, sua concretização depende da experiência forense ao longo do tempo. Até então, suas repercussões são as seguintes:

---

[95] Por influência, sobretudo, alemã (§242 do BGB).

i- Impede o abuso de direitos processuais: esse princípio torna ilícito o exercício abusivo de um direito processual. Qualquer abuso de direito (art. 187, CC) no processo é ilícito.

Ex1: proíbe-se a nulidade de algibeira, isto é, a parte guarda a nulidade na algibeira, no bolso, durante muito tempo e apenas a suscita posteriormente, quando lhe for oportuno. A nulidade alegada não ser admitida, bem como a parte pode sofrer as sanções da litigância de má-fé (art. 81, CPC/2015), que, segundo o STJ, independe de comprovação do dano.

Ex2: como é cediço, o autor só pode desistir de um processo se o réu que contestou concordar. Esse direito do réu não é um capricho, o réu não pode simplesmente dizer que não concorda, deve justificar, de modo que se assim não proceder, estará exercendo seu direito de modo abusivo, de maneira desnecessária, com o fim único de lesar a outra parte.

Ex3: a parte que abusa do direito de defesa pode autorizar que o juiz defira tutela provisória de evidência (art. 311, I, CPC).

Ex4: o abuso no direito de recorrer é litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC).

ii. Torna ilícitos os comportamentos dolosos: enquanto o abuso do direito é um ilícito independentemente do ânimo do sujeito, o agir com dolo é obviamente um agir ilícito, até mais repugnante, pois aqui há má-fé.

Ex: retirada de uma peça do processo, pedido de citação por edital quando o autor sabe onde reside o réu (art. 258, CPC) e etc.

iii. Proibição de comportamentos contraditórios: é o chamado *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ex1: pede-se a invalidação de um ato a cujo defeito deu causa (art. 276, CPC).

Ex2: oferecimento de bem à penhora. O juiz determina a penhora do bem, e depois se alega que o bem é impenhorável. Novamente, aqui está caracterizado o venire contra factum proprium. STJ já chegou a sancionar tal conduta e permitir a penhora de bem de família. Todavia, tal entendimento, posteriormente, sofreu alguns reveses.

iv. Surgimento dos deveres de cooperação processual: Vimos anteriormente esses deveres.

v. Função hermenêutica: os atos postulatórios e as decisões judiciais devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. É dizer, a boa-fé deve incidir sobre a interpretação, tanto da postulação quanto da decisão. Tal função está representada pelos arts. 322, §2º e 489, § 3º, ambos do CPC.

MPPR/2019: b) A exigência de comportamento com boa-fé, do Código de Processo Civil, aplica-se somente às partes.

Comentários: Alternativa incorreta. Aplica-se também ao juiz.

CESPE/TRE-PE/2017

c) A boa-fé processual objetiva, que não se aplica ao juiz, prevê que as partes no processo tenham um comportamento probo e leal.

Comentários: Alternativa incorreta. Aplica-se também ao juiz.

VUNESP/TJM-SP – Juiz Substituto/2016 - Assinale a alternativa correta.

a) A garantia do contraditório participativo impede que se profira decisão ou se conceda tutela antecipada contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (decisão surpresa).

b) A boa-fé no processo tem a função de estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos personagens do processo e restringir ou proibir a prática de atos atentatórios à dignidade da justiça.

c) O princípio da cooperação atinge somente as partes do processo que devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

d) Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e econômicos e às exigências do bem público, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

e) Será possível, em qualquer grau de jurisdição, a prolação de decisão sem que se dê às partes oportunidade de se manifestar, se for matéria da qual o juiz deva decidir de ofício.

Comentários

Gabarito: Letra B.

A alternativa A está incorreta. O art. 9º do novo diploma processual veda que o juiz profira decisão contra a parte sem que ela seja previamente ouvida (**regra**). No entanto, o art. 9º, parágrafo único, inciso I **excepciona** a regra, ao prever que o disposto no *caput* não se aplica às tutelas de urgência e de evidência. Haverá, pois, um contraditório diferido ou postergado.

A alternativa B está correta.

Um processo, para ser devido, deve ser pautado na boa-fé (devido processo leal). A boa-fé objetiva é uma norma que impõe comportamentos éticos, leais, de acordo com *padrões objetivos de conduta* vigentes em uma determinada coletividade. Pode-se dizer, assim, que a boa-fé objetiva não tem a ver com a crença da pessoa.

A alternativa C está incorreta.

O art. 6o do novo CPC alcança **todos os sujeitos do processo** ao tratar da cooperação e lealdade, não somente as partes.

A alternativa D está incorreta. O juiz não atenderá a fins econômicos, como na assertiva.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Vejam a importância da leitura da lei seca.

A alternativa E está incorreta.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ***ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.***

5.2.13 - Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança guardam intensas semelhanças entre si.

O princípio da segurança jurídica, numa compreensão atual, é dividido em dois sentidos[96]:

[96] A própria **exposição de motivos do NCPC** faz essa diferenciação, citando, para tanto, Canotilho: *"O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e*

a) **objetivo**: estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), tendo em vista a necessidade de respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Nesse sentido, tem fundamento implícito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, CRFB) e no art. 5º, XXXVI, CRFB. No âmbito infraconstitucional, é mencionado no art. 2º, Lei 9.784/99.

b) **subjetivo**: proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas pelas promessas e atos estatais. Como se percebe, esta concepção tem profunda ligação também com a boa-fé objetiva, mais especificamente com um de suas decorrências (*venire contra factum proprium),* na medida que o particular acredita no padrão de conduta esperado, na expectativa legítima gerada pela Administração Pública e é frustrado posteriormente.

A proteção da confiança legítima é muito estudado no direito administrativo e, e de uns anos para cá, vem sendo utilizado no processo. Para ganharem alguns pontos extras nas provas, interessante mencionar quando foi consagrado.

Segundo Rafael Oliveira[97]:

> A noção de proteção da confiança legítima aparece como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendam bruscamente os seus destinatários. O princípio da confiança legítima nasce e desenvolve-se na Alemanha após a II Guerra. Atrelada ao princípio da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), o princípio da confiança legítima (*Vertrauensschutz*) foi consagrado, inicialmente, no célebre caso da "Viúva de Berlim", julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14 de novembro de 1956[98]

Fredie Didier[99], com base nos ensinamentos de Humberto Ávila, diz que, para que o princípio da proteção da confiança incida, é preciso que **quatro pressupostos** ocorram:

---

*responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança** como elementos constitutivos do Estado de Direito. Esses dois princípios – segurança jurídica e proteção 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 conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos dos actos". (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO. Direito constitucional e teoria da constituição. Almedina, Coimbra, 2000, p. 256).*

[97] OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª Ed. São Paulo: Método, 2017, p. 54.

[98] A viúva de um funcionário alemão, que residia na República Democrática Alemã, mudou-se para Berlim Ocidental, depois de ter recebido a informação, por meio de notificação oficial, de que, com a efetivação da referida mudança, receberia pensão do Estado. A pensão, no entanto, foi posteriormente retirada da viúva, sob o argumento de que sua concessão descumpriu regras vigentes. O Tribunal entendeu que, na hipótese, que o princípio da legalidade deveria ceder espaço ao princípio da proteção da confiança legítima e que a viúva deveria continuar recebendo a pensão.

[99] Op. Cit. p. 140-145.

i. Base da confiança: é o ato normativo estatal em que se confia. Pode ser uma lei, um ato administrativo, pode até mesmo ser uma decisão judicial. O processo é um meio de criação de atos que servem como base de confiança.

Obs: Lembrar que essa base tem de ter aparência de licitude. Se for flagrantemente inconstitucional ou ilegal, não há razão para nele depositar confiança.

ii. Confiança na base: deve haver a base da confiança, o ato, e alguém acreditar em sua idoneidade, confiança na base.

iii. Exercício da confiança: não basta haver a crença, é preciso que o sujeito tenha se comportado em razão de sua base de confiança.

Obs: o exercício da confiança pode ser também uma conduta negativa. Imagine-se que determinado ato normativo isenta determinado sujeito do recolhimento de tributos. O não recolhimento desse sujeito seria o exercício da confiança depositada no ato normativo.

iv. Frustração da confiança por ato do poder público.

Qual a aplicação desses entendimentos ao Processo Civil?

A concretização do princípio da confiança no processo está sendo construída ainda, mas **três concretizações** são muito claras, e merecem registro:

a) **O dever de o tribunal uniformizar sua jurisprudência:** o dever de uniformizar a jurisprudência é um dever de dar segurança jurídica aos cidadãos.
Confira o seguinte trecho da exposição de motivos do NCPC:

> *Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à **uniformidade** e à **estabilidade** da **jurisprudência**.*
>
> *Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica[100], que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.*

b) **O dever de modular os efeitos de uma mudança de jurisprudência:** para preservar a confiança legítima, a decisão de mudança da jurisprudência (overruling ou overriding) deve vir acompanhada de uma modulação, para não surpreender as pessoas que acreditavam na jurisprudência anterior e não poderiam ser surpreendidas com uma mudança que as pegasse desprevenidas. O art. 27 da lei da ADI e o art. 927, § 4º, CPC são exemplos disso.

c) **Em qualquer decisão em que haja uma quebra da estabilidade** (ex: revisão de um entendimento já consolidado)**, poderia o julgador criar regras de transição entre a posição que era estável e a posição nova.** Como exemplos disso, Didier cita o julgamento do STF no caso

[100] *Os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados "como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos" (BENTHAM citado por R. C. CAENEGEM, Judges, Legislators & Professors, p. 161).*

Raposa do Sol, em que foram fixadas 19 regras de transição para o caso, bem como o RE n. 631.240/MG (2014), em que foram aplicadas regras de transição entre o entendimento jurisprudencial antigo (não era necessário requerimento administrativo prévio para configurar interesse de agir) e o novo (é necessário requerimento administrativo prévio).

Meus caríssimos, chegamos ao final deste capítulo!

Atenção: Sei que há alguns princípios que ainda não foram abordados. Mas fiquem tranquilos. Fiz a opção por tratá-los nas aulas mais específicas a respeito. Exemplificando:

Os princípios do juiz natural e da inércia, bem como a regra da ordem cronológica serão abordados no próximo pdf, quando falarmos da **jurisdição**. Sobre o princípio da oralidade (subprincípios da imediação, identidade física do juiz, concentração, irrecorribilidade em separado das interlocutórias), falaremos quando abordarmos o **procedimento**. O princípio da instrumentalidade das formas será tratado nas **nulidades**. O debate acerca do duplo grau de jurisdição, ficará para o tratamento dos **recursos**.

Portanto, finalizo o conteúdo da aula inaugural.

6 - Questões

6.1 - Questões Discursivas

1) TJSP – 186º Concurso – Juiz de Direito: Dissertação "O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar ou elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito."

A partir do trecho citado, disserte sobre a proposição nele contida, abordando os seguintes pontos: a) o enquadramento da propositura nas escolas jusnaturalistas ou do positivismo jurídico; b) a relação que o texto estabelece entre princípios e normas; c) a relação que a solução baseada exclusivamente em princípios com os tipos de racionalidade jurídica expostos por Max Weber; d) o modo pelo qual o respeito "ao espaço de cada instituição" referido no texto acarreta novos desafios para a legitimidade da jurisdição estatal.

Comentários

Resolvi transcrever minha resposta real na prova. Obtive 2,6 pontos em 4,0 – aproveitamento bem razoável, pelo rigorismo da correção:

A ciência do Direito, enquadrável dentro do rol das ciências humanas, tem certamente uma relação de interdependência com as diversas outras disciplinas que, no conjunto, eram chamadas pelos antigos de "humanidades". Nas palavras do teórico Niklas Luhman, e repetido por Marcelo Neves, o Direito é um subsistema social que, por meio de acoplamentos estruturais, condiciona e é condicionado por diversos outros subsistemas, dentre os quais a Política,

Sociologia, Psicologia, História, Filosofia etc. Sendo assim, dissertar sobre a atualidade do Direito implica também tratar de sua evolução histórica e de toda a multidisciplinariedade que o cerca.

Nessa toada que se insere o trecho citado, uma vez que aborda a intrincada situação do profissional do direito atual, justamente depois de vários acontecimentos históricos e progressos filosóficos relevantes, dentre os quais a evolução das escolas jusnaturalistas para a escola jusracionalista, passando pelo positivismo jurídico e chegando ao contexto do atual pós-positivismo, vertente teórica na qual se enquadra o trecho citado no enunciado.

Tomando por base a relação intrínseca entre Direito e Justiça, podemos dizer que os filósofos antigos (Sócrates, Platão e Aristóteles), partidários da escola jusnaturalista cosmológica, entendiam que o Direito, para ser justo, deveria espelhar as leis naturais ditadas pelo cosmos. Assim, a ordem estaria garantia e a promoção da justiça facilitada.

Adentrando na Idade Média, os filósofos de destaque (Santo Agostinho e São Tomás) também se filiavam ao que denominamos como escola jusnaturalista, mas com fundamento diverso. As leis naturais não derivariam mais do cosmos, mas sim das leis divinas. Tal concepção, obviamente abordada em diferentes nuances pelos grandes filósofos São Tomás e Santo Agostinho (cidade de Deus/ cidade dos homens) serviu de supedâneo teológico para a construção e o fortalecimento da Igreja Católica.

Nos séculos XV e XVI, porém, as ideias supramencionadas estava mpor ruir. Os movimentos renascentista e iluminista começaram a pautar as discussões da época e, com o fim de secularizar os debates, explicavam e fundamentavam todas as coisas, inclusive o Direito, na razão. Era a época do racionalismo exacerbado, inaugurado por Descartes.

Exatamente nesse sentido que a escola jusracionalista ganhou força e adeptos.

O Direito, para ser justo e legítimo, não precisava mais espelhar as leis naturais cosmológicas ou divinas. A razão humana se tornou capaz de acessar o direito natural, imutável, ahistórico e transpor tais ideias para textos normativos que se tornariam a lei dos homens.

A fundamentação do Estado e do Direito na razão e não mais nas leis divinas (que legitimavam os monarcas absolutistas no poder) ganhou força com os filósofos contratualistas (Hobbes, Locke e Rousseau) e fomentou a eclosão de diversas revoluções relevantes, dentre as quais Revolução Americana (1776 e Constituição de 1787) e a Revolução Francesa (1789), gerando enormes reflexos no sistema jurídico então vigente.

Pautado na ideia de que a razão e a exatidão dos conceitos pudesse abarcar todos os fatos da vida, o ordenamento jurídico da época experimentou uma intensa fase de codificação (ex: Código de Napoleão de 1804) e a limitação da atividade interpretativa dos magistrados. Com o surgimento da escola de exegese na França (positivismo exegético), jurisprudência dos conceitos na Alemanha e jurisprudência analítica na Inglaterra, os casos submetidos ao Poder Judiciário

deveriam ser solucionados por mera subsunção do fato à norma (derivada dos textos legais ou do próprio precedente inglês), sem permissão par que os juízes interpretassem além do texto. O magistrado era um autômato, um "bouce de la loi".

Isso não poderia vigorar por muito tempo. Por óbvio, as leis não davam conta de todos os fatos da vida. A riqueza do real exigia atividade hermenêutica mais intensa e livre. Daí a justificação para o surgimento da escola do direito livre (Duguit) na França, Jurisprudência dos interesses e do valores na Alemanha e realismo jurídico na Inglaterra.

Nesse momento conturbado da viragem do século XIX para o século XX, existiam inúmeras escolas e correntes jurídicas, momento de intenso debate entre as concepções acima citadas. Ademais, a eclosão cultural era intensa e o Direito passou a ser influenciado pelas outras ciências humanas, tais como sociologia, psicologia, filosofia etc.

Com o desiderato de expurgar a influência dessas diversas disciplinas, o teórico de Viena, Hans Kelsen, elaborou a sua "Teoria Pura do Direito" e se tornou, ao lado de Hart, um dos baluartes do positivismo jurídico. Em sua concepção, o Direito como ciência deveria se fechar para essas disciplinas auxiliares e encontrar sistematicidade, completude e fundamentação racional nele próprio. Isso tudo explica a norma hipotética fundamental e a separação que ele faz de Direito e Moral.

Não desprezando sua contribuição teórica para o Direito, algumas de suas formulações precisavam ser melhoradas, sobretudo a separação do Direito e Moral e a permissão da discricionariedade do juiz (no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito, no qual elenca que a lei confere ao magistrado uma moldura, dentro da qual poderá escolher qual opção acredita ser a mais correta para o caso concreto).

Vislumbrando a necessidade de mudança, mormente depois da eclosão das duas grandes guerras[101], exsurgiu no cenário jurídico a corrente pós-positivista, estimulada por teóricos como Radbruch, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Friedrich Müller etc., corrente esta adotada pelo trecho transcrito na prova. Estamos, agora, na fase do Neoconstitucionalismo.

Sabendo das diferentes concepções do fenômeno pós-positivista formuladas por diversos juristas, podemos elencar alguns pontos em comum, quais sejam: a) relação existente entre direito e moral (ex: fórmula de Radbruch – uma lei extremamente injusta não pode ser tida como lei); b) diferença entre princípios e regras, ambos espécies do gênero normas; c) intenção de diminuir a discricionariedade na atividade interpretativa e, portanto, reduzir as arbitrariedades; d) equacionar a relação entre os 3 poderes.

Nesse viés que podemos enquadrar o texto em questão. Ele não só expõe a diferença entre norma (gênero) e princípio (espécie de norma, tida por alexy como mandamento de otimização dentro das possibilidades fáticas e jurídicas

[101] Embora comum, é um equívoco dizer que o positivismo normativista de Hans Kelsen proporcionou o nazismo.

existentes), como também critica a discricionariedade existente em algumas interpretações do texto normativo e assevera ser primordial a harmonia e o diálogo constante entre os três poderes.

Adotando a posição de que princípio é uma espécie de norma jurídica, ele tece árduas críticas àqueles que, na solução do caso concreto, baseiam-se na intuição e moral próprias, fundamentando sua decisão (art. 93, IX, CRFB) não de forma técnica, analítica, decompondo o texto normativo (programa normativo) e analisando o fato da vida (âmbito normativo), para disso tudo extrair a norma aplicável (regra ou princípio). Ao proceder desta forma, de maneira atécnica, discricionária, temos uma decisão arbitrária, que apenas invoca e elogia princípios sem perpassar pelos procedimentos necessário. A exemplo, em caso de conflito aparente de princípios, o magistrado deve se utilizar da regra da proporcionalidade e seus subtópicos adequação (o princípio colidente é apto a atingir o fim visado?); necessidade (há outro meio menos gravoso de preservar tal princípio?); proporcionalidade em sentido estrito (o grau de melhoria na aplicação de um princípio deve ser tanto maior quanto maior for a lesão ao princípio aparentemente colidente).

Sem o mencionado critério analítico, abre-se significativo espaço para a discricionariedade.

A decisão baseada exclusivamente nos princípios pode ser relacionada com a racionalidade jurídica prática e burocrática, ao contrário da racionalidade teórica, tipos expostos por Max Weber. Este pensador, analisando a cientificidade, a tecnicidade e a burocracia estatal exacerbada impulsionada pelo racionalismo, passa a entender o fundamento do Direito como aquele que almeja manter o status quo burguês e capitalista (vide Ética protestante e o espírito do capitalismo). Quando se decide exclusivamente por princípios, apenas os elogiando, sem tecnicidade, opta-se por decidir conforme a intuição, mantendo o status quo e não imprimindo as mudanças necessárias.

Ademais, quando o trecho menciona a necessidade de respeito ao espaço de cada instituição, isso se relaciona diretamente com a legitimidade da jurisdição estatal.

Ora, a legitimidade dos poderes executivo e legislativo advém das próprias eleições, já que os membros de tais poderes são representantes do povo, de onde todo o poder emana (art. 1º, parágrafo único da CRFB).

A legitimidade do Poder Judiciário, por sua vez, já que seus membros não são eleitos, deriva da fundamentação racional de suas decisões (art. 93, IX, CRFB), e da sua não intervenção exagerada nos outros poderes, privilegiando sempre a independência e harmonia entre eles (art. 2º, CRFB).

Assim sendo, ao decidir, o magistrado tem de sempre respeitar o espaço de cada instituição. Ao poder executivo compete, principalmente, elaborar políticas públicas. Ao legislativo, elaborar leis e ao Judiciário julgar. Não pode este se imiscuir exageradamente nas funções típicas daqueles.

Certo é, porém, que se deve fazer ressalvas a tal posicionamento, mormente pelo estágio atual do constitucionalismo contemporâneo em que a

Constituição é dotada de Força Normativa (Konrad Hesse) e tem de ser cumprida e conformar, de certo modo, a Política.

As constituições contemporâneas, do mundo inteiro, ao trazerem vários direitos fundamentais oponíveis ao Estado, e até mesmo aos particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamental – *Drittwirkung*) e ditar a regras do jogo político, fez com que se visse o fenômeno da judicialização da política nos países em que o Executivo e Legislativo são falhos. Assim, com intuito de fazer cumprir a Constituição, pode sim haver interferência em políticas públicas (ex: fornecimento de medicamentos – art. 196), estado de coisas inconstitucional dos presídios etc.) e até regulamentação de certos direitos, já que nada foi feito pelo Legislativo (ex: direito de greve do servidor público, antecipação de parto de feto anencéfalo etc.).

Desse modo, deve-se sempre respeitar o espaço de cada instituição, mas o poder judiciário não pode perder sua legitimidade de fazer cumprir as leis, sobretudo a Constituição quando os demais poderes falharem. Pode haver judicialização de direitos, mas não um ativismo judicial exacerbado que ocasiona arbitrariedades.

2) TRF4/Juiz Federal Substituto/2016

3ª QUESTÃO (sugere-se que a resposta seja elaborada em no máximo duas laudas): O jurista J.C. Gray (The Nature and Sources of Law, 1902) dizia que "as leis são fontes do Direito, e não partes do Direito". Ao seu lado, J. Austin (The Province of Jurisprudence Determined, 1932) frisava que "o direito constitucional é apenas a moral positiva", enquanto Hans Kelsen (Theory of Law and State, 1949) visualizava por inteiro um sistema jurídico-legal e, assim, enfatizava que "a primeira norma genuína instituindo a sanção está contida na segunda, e assim por diante". Então, para H.L.A. Hart (O Conceito do Direito, 1961), o Direito passou a ser "uma união de regras primárias e secundárias". Por sua vez, em A Justiça de Toga, Ronald Dworkin, apegado à importância dos princípios e da própria e correta justiça aplicada nos tribunais, utilizou passagem histórica como figura de retórica, para registrar que, "Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: 'Faça justiça, juiz!' Holmes pediu para o condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. 'Não é esse o meu trabalho!', disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça". Para muitos e, em especial, para Alf Ross, "há uma relação entre o direito vigente e a ideia de justiça". Portanto e sem dúvida, uma grande indagação jurídica por certo ainda persiste.

Nesse sentido, disserte sobre "o que é o direito" e sobre "como as convicções morais de um juiz podem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito".

Em sua resposta deverá, necessariamente, também analisar e contextualizar:

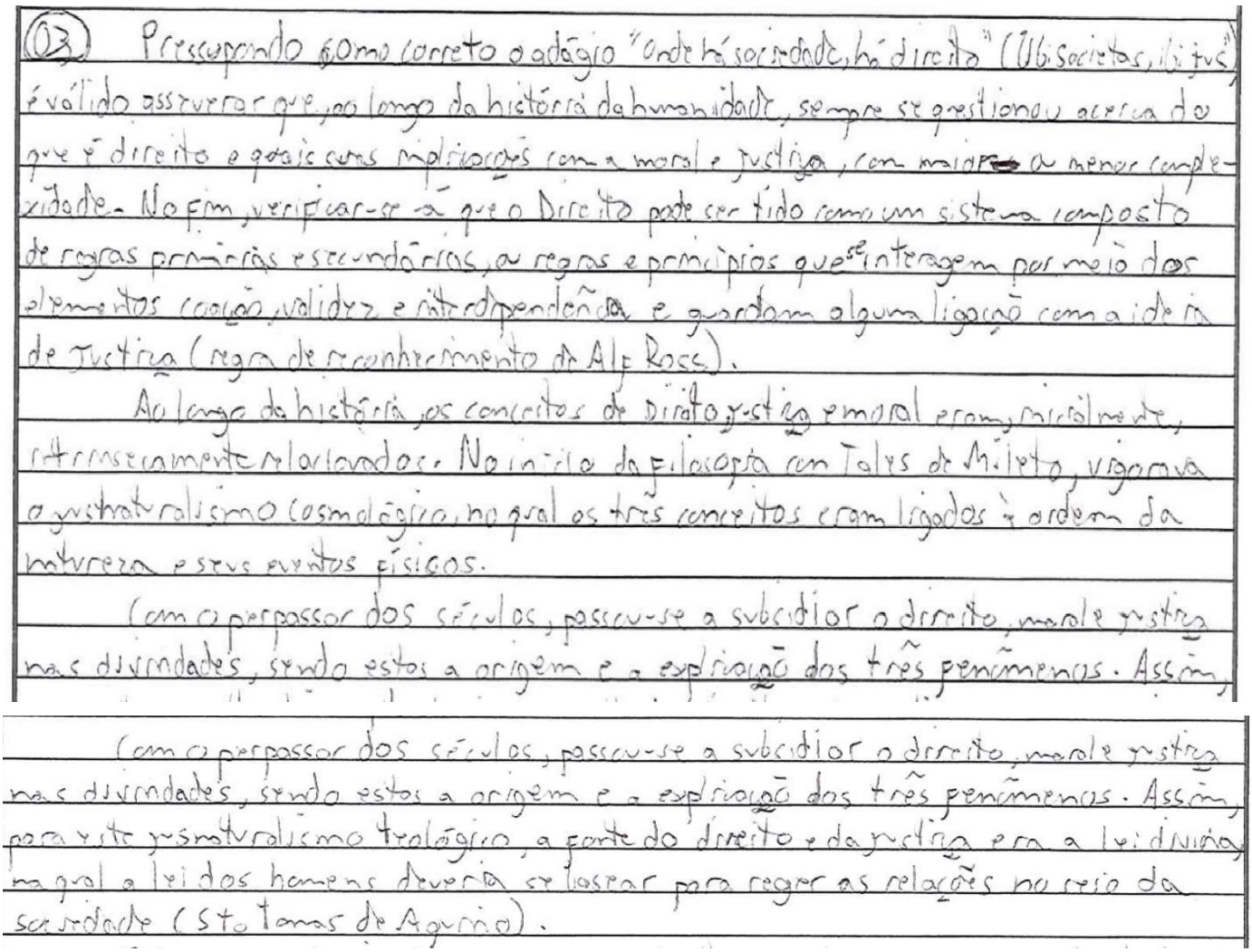
a) Justiça e Moral;

b) Direito e Moral;

c) Direito e Justiça;

d) Política Jurídica.

Resolvi colacionar minha resposta com a respectiva avaliação a fim de verificarem qual foi o enfoque da correção, além de constatarem minha péssima ortografia (cuidem para não redigirem assim).



(03) Pressupondo como correto o adágio "Onde há sociedade, há direito" (Ubi societas, ibi jus) é válido asseverar que, ao longo da história da humanidade, sempre se questionou acerca do que é direito e quais suas implicações com a moral e justiça, com maior ou menor complexidade. No fim, verificar-se-á que o Direito pode ser tido como um sistema composto de regras primárias e secundárias, ou regras e princípios que se interagem por meio dos elementos coação, validez e interdependência e guardam alguma ligação com a ideia de Justiça (regra de reconhecimento de Alf Ross).

Ao longo da história, os conceitos de Direito, Justiça e moral eram, inicialmente, intrinsecamente relacionados. No início da filosofia com Tales de Mileto, vigorava o jusnaturalismo cosmológico, no qual os três conceitos eram ligados à ordem da natureza e seus eventos físicos.

Com o perpassar dos séculos, passou-se a subdividir o direito, moral e justiça nas divindades, sendo estas a origem e a explicação dos três fenômenos. Assim, para este jusnaturalismo teológico, a fonte do direito e da justiça era a lei divina, na qual a lei dos homens deveria se basear para reger as relações no seio da sociedade (Sto Tomas de Aquino).

Já com o iluminismo e o renascimento, ganhou força o jusnaturalismo racionalista que, por assim, explicava o direito e a justiça por meio da razão. Para tal corrente, o intelecto seria capaz de extrair o conceito de justiça por meio de abstrações teóricas e positivar leis cujas normas (resultado da interpretação das leis) efetivassem os direitos naturais anteriormente racionalizados. Estreve sob a referida influência jusracionalista a escola da exegese francesa, a escola analítica inglesa e a jurisprudência dos conceitos alemã. Sob tal enfoque, havia ênfase enorme no aspecto lógico e sintático da norma, sendo que o conteúdo da lei era extraído por meio de interpretações literais ("brocher de la loi").

Segundo Lênio Streck, ~~vigorou em tal época o positivismo exegético~~ as características acima salientadas expõe claramente o positivismo exegético que predominava à época. Tal concepção ~~foi superada~~, frisa-se, se diferencia do positivismo normativista de Hans Kelsen que, embora partidário do positivismo e, portanto, partidário de explicação puramente racional do sistema jurídico, defendia uma interpretação exegética e literal do texto normativo. Ao revés, no capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, advoga a existência de uma liberdade decisória do juiz, desde que dentro da moldura normativa.

Refratários à concepção extremamente abstrata do Direito, surgiram a escola do direito livre na França (Leon Duguit), jurisprudência dos valores na Alemanha (ex: Radbruch) e realismo jurídico psicológico de Uppsala e comportam

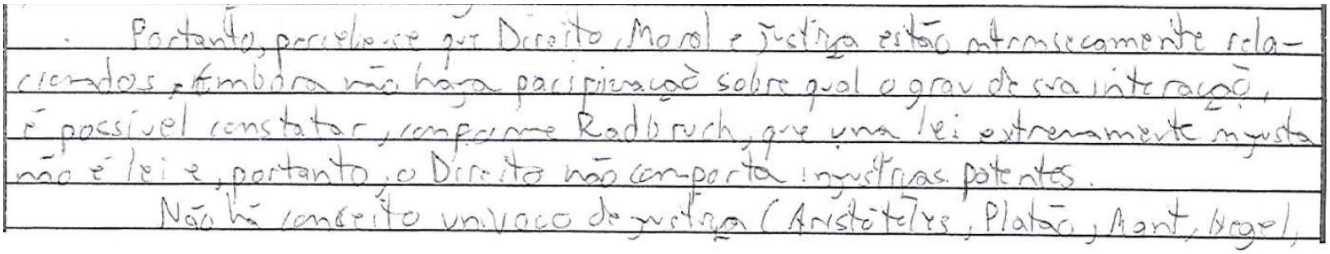
mental dos norte-americanos. Alf Ross ainda funde alguns características dos dois realismos para criar concepção única do Direito e sua ligação com a moral e a justiça, sempre tendo como desiderato contrapor-se às antigas formulações metafísicas desses conceitos.

Essas correntes contrárias à ideia positivista e, portanto, à confiança na explicação puramente racional das ciências humanas (Augusto Comte) pendiam para uma aproximação entre Direito, Moral e Justiça.

Isso porque, para Kelsen (positivista normativo), o Direito deveria se apartar da moral, sociologia, psicologia etc. Os círculos que não se tocam. Ademais, por meio das obras "A ilusão da justiça" e "O que é justiça" asseverou ser impossível encontrar sentido unívoco para o termo.

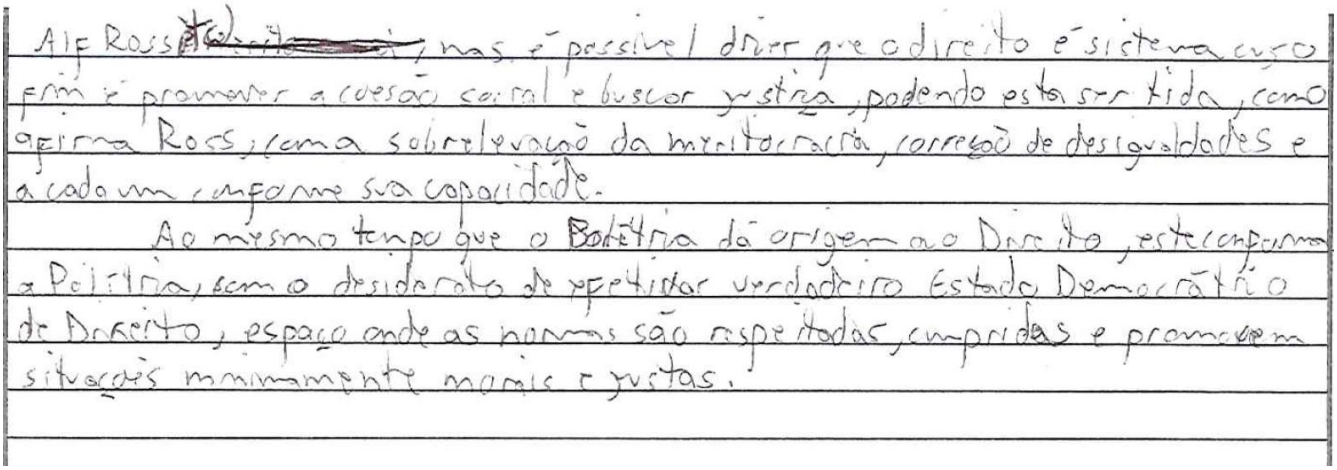
Contudo, existem outras posições de autores expressivos. Georg Jellinek, por exemplo, dizia que o Direito é o mínimo ético (círculos concêntricos). Já Miguel Reale diz serem os dois conceitos representados por círculos secantes, pois existem normas amorais (existe ele de trânsito) e imorais (segundo alguns, a colaboração premiada). Ronald Dworkin, a seu turno, salienta que o direito é um ramo da moral, sendo que, mormente nos "hard cases", o juiz se vale de regras morais para solucionar as contendas. O magistrado possui responsabilidade política de proferir decisões coerentes e íntegras, de modo a perpetuar a história institucional do Direito que, por vezes, é permeado de regras morais. Alf Ross, por derradeiro, chega a dizer ser a regra de reconhecimento, que seria um substrato com íntima ligação com a moral que confere legitimidade às regras primárias e secundárias.

Sabe-se, consoante Miguel Reale, que a moral é interna e não é dotada de coercibilidade, ao passo que o Direito é heterônomo, bilateral atributivo e possui a coercibilidade como elemento essencial. Contudo, não se pode absolutamente possível asseverar que as leis são permeadas pela moral da sociedade. E, mais, em muitos casos nos quais não há previsão legislativa, deve o magistrado verificar a história institucional dos institutos jurídicos e do próprio ordenamento (permeado pela moral) para decidir. A moral, segundo Habermas, tem uma relação de co-originalidade com o Direito.



Portanto, percebe-se que Direito, Moral e Justiça estão intrinsecamente relacionados, embora não haja pacificação sobre qual o grau de sua interação, é possível constatar, conforme Radbruch, que uma lei extremamente injusta não é lei e, portanto, o Direito não comporta injustiças patentes.

Não há conceito unívoco de justiça (Aristóteles, Platão, Kant, Hegel,



Alf Ross [illegible], mas é possível dizer que o direito é sistema cujo fim é promover a coesão social e buscar justiça, podendo esta ser tida, como afirma Ross, como a sobrelevação da maioria, correção de desigualdades e a cada um conforme sua capacidade.

Ao mesmo tempo que o Direito dá origem ao Direito, este confirma a Política, com o desiderato de perpetuar verdadeiro Estado Democrático de Direito, espaço onde as normas são respeitadas, cumpridas e promovem situações minimamente mais justas.

CANDIDATO: RODRIGO VASLIN DINIZ

QUESTÃO 3	Nota máxima	Nota
Linguagem/comunicação (art. 46 do Regulamento) - Utilização correta do idioma nacional - Capacidade de expressão	**0,3**	0,225
Conhecimento do tema		
Conceito de Direito	0,5	0,35
Convicções morais de um juiz	0,5	0,3
Justiça e moral	0,3	0,25
Direito e moral	0,3	0,25
Direito e justiça	0,3	0,175
Política jurídica	0,3	0,25
Total	**2,5**	**1,8**

3) TRF 3ª Região/Juiz Federal Substituto/2016

Princípio da reserva do possível:

1) O que significa?

2) Quando o Poder Judiciário é promovado pelo Ministério Público Federal ou qualquer interessado para resolver sobre a implementação de direitos sociais (moradia, saúde, educação etc.), como deve ser a atuação dele?

Comentários: Resposta real (1,0 em 1,0).

A intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, mormente com o desiderato de implementar direitos sociais (ex: moradia, saúde, educação – arts. 6º, 7º, CRFB) suscita intensas controvérsias. Tais embates se remetem à existência ou não de legitimidade conferida pela Constituição ao Poder Judiciário para agir de forma ativista e à própria delimitação do papel do Judiciário no cenário da separação de poderes, cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º,

CRFB. É nesse contexto, pois, que surgem os conceitos de reserva do possível fática e jurídica; geração de direitos, neoconstitucionalismo; ativismo judicial; teorias substancialista e procedimentalista etc.

De início, respeitada a miríade de concepções teóricas, pode-se dizer que quando o MPF ou outro interessado pleiteia no Judiciário a implementação de direitos sociais, surgem duas possibilidades de conduta. Primeiro, poder-se-á tomar uma atitude mais contida, mencionando que a tarefa de efetivar políticas públicas é do Poder Executivo (art. 76 e seguintes). Segundo, há possibilidade de, fundado na CRFB, e em sua proteção dos direitos sociais (2ª geração), adotar postura ativa, mormente quando o Executivo é ineficiente e desidioso.

A primeira posição é subsidiada numa visão mais estanque da separação de poderes (art. 2º, CRFB), cunhada por Aristóteles e desenvolvida por Montesquieu, bem como na ideia de que os juízes não teriam legitimidade para agir ativamente em políticas públicas. Isso porque o Legislativo e o Executivo, como representantes do povo, são os que detêm legitimidade para tanto, já que, consoante art. 1º, parágrafo único, CRFB, todo o poder emana do povo. Referida linha de pensamento é bem desenvolvida por pensadores procedimentalistas, tais como Alexander Bickel, Jeremy Waldrow, Richard Posner; Jurger Habermans que, com todas as suas diferenças, entendem que a política (incluindo políticas públicas) devem ser abordadas no âmbito do discurso público no Parlamento e no Executivo, não permitindo a intromissão dos juízes.

A segunda posição, por sua vez, embasa-se na teoria substancialista, já que aduz que a própria Constituição já fez determinadas escolhas ao promover os direitos de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª geração como direitos fundamentais e merecedores de tutela jurídica. Ademais, alegam os seus partidários que uma das funções precípuas do Judiciário é atuar no sentido contramajoritário, a fim de garantir direitos fundamentais e proteger minorias, como aduzem Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luís Roberto Barroso, dentre outros. Assim, os juízes teriam sim legitimidade para, dentro dos contornos constitucionais e legais, implementar direitos sociais. A propósito, é a posição adotada recorrentemente pelo STF em diversos casos, tais como a APF em que abordou o estado de coisas inconstitucional, a determinação para que o sistema de saúde forneça medicamentos imprescindíveis para a vida digna de certas pessoas, desde que respeitados alguns parâmetros (suspensão de tutela 175); reforma de presídios etc.

Contudo, mesmo que acolhida tal posição, há casos em que se depara com argumentos fortes em sentido contrário. Dentre eles, o mais relevante é o da reserva do possível, que pode ser dividida em fática, jurídica e socioeconômica.

A reserva do possível fática ocorre quando efetivamente não há recursos públicos para a implementação daquele direito social.

A reserva do possível jurídica represente a impossibilidade de destinar verbas públicas para finalidades que não estão contidas, em princípio, no plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária (art. 165, CRFB).

A reserva do possível socioeconômica, por fim, consubstancia na inexistência de razão social e econômica para a implementação daquele direito pleiteado.

Diante da permanente controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial a respeito do referido argumento, o STF abordou de forma lapidar na ADPF n. 45, pacificando alguns pontos.

Na oportunidade, o relator Celso de Mello asseverou que o instituto, originário da Alemanha, ao ser alegado pelo Estado, deve ser cabalmente provado, não tendo qualquer relevância jurídica a mera alegação. Outrossim, pontuou que, mesmo provada, ela não deve se sobrepor ao mínimo existencial. Assim sendo, quando está em jogo o mínimo existencial, manifestação da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), deve-se adotar postura mais ativa e resguardar os mais básicos direitos fundamentais.

Decerto, é tema deveras importante e, quiça, um dos mais centrais e essenciais no cenário brasileiro, bem como em todo o mundo. O debate merece continuar e impulsionar diversas concepções te´óricas. Entretanto, por enfrentarmos no Brasil um desenvolvimento social tardio, há de se encampar doutrinas estrangeiras com parcimônia.

3) TRF3/Juiz Federal Substituto/2016

A interpretação das normas jurídicas é uma matéria que se desenvolveu em três etapas fundamentais: a) a obra de Friedrich Scleiermacher, no início do século XI; b) hermenêutica clássica de Savigny, na segunda metade do século XX, e ainda preponderantes na Alemanha atual; c) a Nova Hermenêutica, no século XIX. O magistrado tem como parte essencial de seu ofício a interpretação das normas e a coerência argumentativa de suas decisões. Nesse sentido, responda:

1) Quais os critérios hermenêuticos clássicos de Savigny e como se deve operacionaliza-los na interpretação?
2) Qual o papel da lei na interpretação da norma? É possível desconsiderá-la na interpretação? Por que?

Comentários: Resposta real (1,0 em 1,0)

A hermenêutica, ciência da interpretação, originou-se etimologicamente da referência a Hermes, mensageiro dos Deuses, e desenvolveu-se ao longo da história por meio da contribuição de vários teóricos, tais como Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Santo Agostinho, Dilthey, Schleiermacher, Savigny, Heidegger, Gadamer, Chaim Perelman, Hesse, Friedrich Müller etc.

Após a contribuição fundamental de Schleiermacher, ao propor a interpretação como um círculo hermenêutico na primeira metade do século XIX, surgiu a hermenêutica clássica, por meio da formulação dos métodos de interpretação pelo aclamado jurista alemão Savigny.

Reconhecido por ser um dos partidários da jurisprudência dos conceitos e notório pelo embate que teve com o jurista Thibaut acerca da necessidade ou não

de a Alemanha adotar um código escrito, Savigny ainda formulou quatro métodos de interpretação muito utilizados até hoje.

Primeiro, há o método literal, por meio do qual o intérprete extrai a norma daquilo que o texto literalmente lhe diz, a exemplo do requisito de idade para que ocorra a aposentadoria compulsória.

Como segundo método, temos o teleológico ou finalístico. Por meio deste, o intérprete extrai a norma não somente daquilo que o texto diz, mas com base na finalidade com a qual aquele texto normativo foi editado. Como exemplo, adotaríamos, a interpretação finalística dos princípios da moralidade e impessoalidade na Administração Pública (art. 37, caput, CRFB) para vedar o nepotismo, posição esposada pelo STF ao editar a Súmula Vinculante n. 13.

Outro método seria o sistemático, por meio do qual o intérprete deve extrair a norma daquele texto específico, pensando sempre em sua compatibilidade com todo o sistema, a fim de preservar sua unidade e coerência. Foi o caso recente do STF em que se posicionou pela prescritibilidade da pretensão do Estado para se ressarcir de atos ilícitos civis, muito embora o art. 37, § 5º, CRFB posa nos remeter a outra interpretação. Ora, a regra é a prescrição das pretensões, salvo disposição expressa na lei, e a CRFB não ressalva isso de modo peremptório e claro.

Por fim, há o método histórico, por meio do qual se extrai a norma consentânea com a própria história do instituto e do Direito. A exemplo, tivemos a não obrigatoriedade de aposição da palavra Deus em Constituição Estadual do Acre. Pela história, a epígrafe do texto constitucional não é de observância obrigatória, nem nunca foi nas Constituições passadas.

Assim, percebe-se que texto e norma são coisas distintas, como já demonstrou Friedrich Müller. O texto da lei, portanto, serve como ponto de partida e também de chegada da norma. Ponto de partida, uma vez que é dele que se extrairá a norma por meio de processos interpretativos diversos. Ponto de chegada, pois, mesmo se adotando métodos distintos e concepções teóricas díspares (ex: Hermenêutica filosófica e Hermenêutica argumentativista), a norma extraída da interpretação não poderá subverter os próprios limites semânticos do texto.

Como exemplo de tal conduta, salienta-se a tentativa de enquadrar o art. 52, X, CRFB, no âmbito da mutação constitucional pelo Min. Gilmar Mendes. Tal posição, por ir além dos limites do texto, foi rechaçada pelo STF[102].

[102] **Atenção**: Em 2017, porém, o STF voltou atrás e passou a acolher a teoria inicialmente proposta por Gilmar Mendes (STF. Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 - Info 886).
Assim, o art. 52, X, da CF/88 sofreu uma mutação constitucional e, portanto, deve ser reinterpretado. Dessa forma, o papel do Senado, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do STF, decisão esta que, mesmo se tomada em controle difuso, já é dotada de efeitos *erga omnes* e vinculante.

A Hermenêutica, portanto, é campo para muitas divergências e embates. Talvez por isso seja tão atraente e importante para que possamos extrair dos textos a norma mais compatível com o sistema e com a pacificação social.

7 - Destaques da Legislação e da Jurisprudência

Neste ponto da aula, citamos, para fins de revisão, os principais dispositivos de lei que podem fazer a diferença na hora da prova. Lembre-se de revisá-los!

--

↳art. 22, I, da CF: competência eleitoral privativa da União

> *Art. 22. Compete **privativamente** à **União** legislar sobre:*
>
> *I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...)*

↳ art. 62, §1º, I, "a", da CRFB: vedação à medida provisória eleitoral

> *Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*
>
> *§1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*
>
> *I – relativa a:*
>
> *a) nacionalidade, cidadania, **direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral**; (...).*

↳ arts. 1º ao 12, CPC:

> *Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*
>
> *Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.*
>
> *Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*
>
> *§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.*
>
> *§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.*
>
> *§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*
>
> *Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*
>
> *Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*
>
> *Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*
>
> *Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

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

Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

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

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

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

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

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

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

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

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

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

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

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

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

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

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

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

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

> *IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;*
>
> *V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*
>
> *§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.*
>
> *§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*
>
> *§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*
>
> *§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*
>
> *§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.*

8 – Resumo



Para finalizar o estudo da matéria, trazemos um resumo dos principais aspectos estudados ao longo da aula. Sugerimos que esse resumo seja estudado sempre previamente ao início da aula seguinte, como forma de "refrescar" a memória. Além disso, segundo a organização de estudos de vocês, a cada ciclo de estudos é fundamental retomar esses resumos. Caso encontrem dificuldade em compreender alguma informação, não deixem de retornar à aula.

--

Conceito

❍ Direito Processual Civil é o ***ramo do direito público consistente no conjunto de normas (regras e princípios) que regulam a função jurisdicional, o exercício da ação e o processo, com o fim de prestar a tutela devida em face de uma pretensão civil***.

Neoconstitucionalismo

- ✓ Marco histórico: Pós 2ª Guerra Mundial
- ✓ Marco filosófico: pós-positivismo
- ✓ Marco jurídico: força normativa da constituição, nova interpretação, expansão da jurisdição constitucional

Neoprocessualismo

- ➢ Teoria das fontes: teoria dos princípios; jurisprudência como fonte; mudança na técnica legislativa.
- ➢ Teoria das normas: distinção entre texto e norma; atividade criativa; proporcionalidade e razoabilidade.
- ➢ Processo civil e Direito Constitucional: força normativa da Constituição; teoria dos direitos fundamentais; expansão da jurisdição constitucional

Fontes

❍ CONCEITO: é aquilo que dá origem ao direito ou, mais especificamente, às normas jurídicas.

❍ FONTES MATERIAIS/FORMAIS

↳ fonte material: Fatores que influenciam o surgimento da norma (movimentos sociais e políticos, consultas, doutrina)

↳ fonte formal: norma jurídica, podendo se dividir em: i- imediata (lei, princípios, jurisprudência); ii- mediata (analogia, costumes).

❍ Competência privativa da União em matéria processual (art. 22, I, CRFB). Vedação para medida provisória (62, §1º, I, "a", da CRFB)

Exposição de Motivos (5 objetivos)

1) Estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal

2) Criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa

3) Simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal

4) Dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado

5) Finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão

Princípios de Direito Processual Civil

❍ **Princípio do devido processo legal** (**art. 5º, LV, CRFB, art. 8.1 CADH**): Processo devido é processo paritário (igualdade), tempestivo (duração razoável), efetivo, adequado, público e leal (boa-fé).

Origem: Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1.037, século XI); século XIV – 1354, a partir de Eduardo III, Rei da Inglaterra; Magna Carta de 1215 (artigo 39).

Eficácia vertical e horizontal (teoria da eficácia direta e imediata).

Dimensão formal e substancial.

❍ **Princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRFB, art. 8.1 CADH, 9º, 10, CPC)**

Dimensão formal (ciência + reação);

Dimensão substancial (ciência + reação + poder de influenciar o juiz).

Questões interessantes: a) previsão dos artigos 9º (dever de consulta) e 10 (questões de ordem pública); b) tutelas contra FP – art.; c) prova emprestada – não precisa haver mesmas partes.

❍ **Princípio da ampla defesa:** é englobada pela dimensão substancial do contraditório.

❍ **Princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV e art. 3º, CPC)**

Nenhuma causa pode ser excluída do crivo do Poder Judiciário, salvo exceções constitucionais, como por exemplo a justiça desportiva (art. 217, CRFB).

O CPC/2015 (art. 165ss) e a Lei de Mediação n. 13.140/2015 desejam que que o Judiciário seja a última alternativa. Por isso, estabelecem vigoroso estímulo ao sistema multiportas, ou resolução alternativa das disputas, composto pela mediação, conciliação e arbitragem.

No RE 63.240, o STF considerou constitucional a exigência de prévio requerimento administrativo para haver o interesse de agir de demandar perante o Judiciário, mas isso não ofende o princípio. Também não ofende o ingresso de reclamação constitucional condicionada ao exaurimento das vias administrativas (art. 7º, § 1º, Lei n. 11.417/2006).

❍ **Princípio da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, CRFB (incluído pela EC 45/04[103]) e art. 4º, NCPC)**

Critérios do Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

i- complexidade da causa

ii- infraestrutura do órgão jurisdicional

iii- comportamento do juiz

iv- comportamento das partes

Consequências pelo descumprimento: representação administrativa (art. 235, CPC); responsabilidade do Estado e regresso ao juiz (art. 143, CPC); comprometimento da progressão na carreira (art. 7º, IV, parágrafo único, LAP).

❍ **Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB e art. 8º, CPC, artigo 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948)**

Elementos: valor intrínseco; autonomia; valor comunitário.

❍ **Princípio da isonomia (art. 5º, *caput,* CRFB, bem como nos artigos 7º e 139, I, CPC):**

No direito constitucional: igualdade formal; igualdade material; igualdade como reconhecimento.

No direito processual: paridade de armas

Repercussões: a) inversão do ônus da prova; b) prerrogativas da FP, MP, DP; c) tramitação prioritária; d) sistema de precedentes; e) ordem cronológica.

---

[103] Na exposição, há passagem expressa de que "*antes de ser expressamente incorporado à Constituição Federal em vigor (art. 5º, inciso LXXVIII), já havia sido contemplado em outros instrumentos normativos estrangeiros (veja-se, por exemplo, o art. 111, da Constituição da Itália) e convenções internacionais (Convenção Européia e Pacto de San Jose da Costa Rica). Trata-se, portanto, de tendência mundial".*

❍ **Princípio da cooperação (art. 6º, CPC):**

Modelo inquisitivo x Modelo dispositivo

Critérios:

i. Quem dá início ao processo

ii. Quem define o objeto do processo

iii. A quem cabe a produção de provas

iv. A quem cabe promover a execução da decisão

Quanto à produção probatória, o juiz pode produzí-la de ofício (art. 370, CPC). Quanto à execução, salvo a execução por quantia, **todas as outras o juiz pode promover de ofício**.

Modelo cooperativo (modelo-síntese): a) Dever de esclarecimento; b) Dever de prevenção; c) Dever de consulta; d) Dever de adequação.

❍ **Princípio da publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX, ambos da CF e nos arts. 8º e 11, do CPC):**

Duas dimensões:

i. Dimensão interna: o processo tem de ser público para as partes, publicidade interna esta que deve ocorrer sem restrição alguma.

ii. Dimensão externa: o processo tem que ser público para quem não faz parte dele, possibilitando um controle público do exercício da jurisdição. A publicidade externa, contudo, pode sofrer restrições autorizadas pela própria Constituição (arts. 5º, LX, 93, IX) e pela lei (art. 189, CPC).

❍ **Princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB e art. 489, CPC):**

Art. 489, § 1º, IV: As decisões do STJ e do STF são fartas no sentido de não obrigar o julgador a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo

Art. 489, § 2º: *§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.*

Parte da doutrina aponta basicamente dois pontos negativos do supracitado dispositivo:

i) Não cabe à norma positivar uma posição doutrinária, até mesmo porque a técnica da ponderação não é adotada por todos no ramo jurídico. No artigo, adotou-se, segundo alguns, a concepção de Robert Alexy e sua técnica da ponderação.

ii) A teoria da ponderação se refere à colisão de princípios, enquanto o artigo fala em colisão de "normas", que, como se sabe, é gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Embora

haja posição doutrinária minoritária pela possibilidade de ponderação de regras (ex: Humberto Ávila), a concepção majoritária é pela impossibilidade de as regras serem ponderadas.

Art. 1022, II, CPC – cabimento de embargos de declaração caso não respeitado o art. 489, § 1º, CPC.

❍ **Princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC):**

O **modelo constitucional de Processo Civil** impõe que promovamos, nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, não só a *juris-dição,* mas também a *juris-satisfação*. O art. 4º do NCPC vem justamente nesse sentido.

Exemplos: art. 218, § 4º; 282, § 2º; art. 317; art. 338; art. 487, § 5º, art. 488, art. 932, parágrafo único; art. 1.007, §§2º e 4º; art. 1.024, § 3º; art. 1.025; art. 1.032; art. 1.033. Também como exemplo, há a organicidade das tutelas provisórias: a) tutela de urgência: tutela *antecipada* e *cautelar* (não há mais cautelares em espécie nem processo autônomo); b) tutela de evidência: permite que o juiz ofereça no início a tutela (antecipação dos efeitos práticos do provimento final) em razão da evidência do direito do autor (art. 311, CPC).

❍ **Princípio da boa-fé (art. 5º, CPC; 322, § 2º; 489, § 3º):**

Está implícito na Constituição, mas explícito no CPC (arts 5º, 322, § 2º, 489, § 3º). No CPC/73, estava previsto no art. 14, II.

doutrina civilista destaca a boa-fé objetiva em três funções: a) função interpretativa (art. 113, CC); b) função limitadora (art. 187, CC); c) função integrativa (art. 422, CC).

A doutrina ainda elenca institutos decorrentes da boa-fé objetiva, sendo os mais importantes os seguintes: *supressio*, *surrectio*, *venire contra factum proprium, exceptio non adimplente contractus* (ou *tu quoque),* a *exceptio doli* (desdobrada em *exceptio doli generalis* e *exceptio doli specialis*), *duty to mitigate the loss*.

Consequências práticas:

Impede abuso de direitos; torna ilícitos comportamentos dolosos; Proibição de comportamentos contraditórios; Surgimento dos deveres de cooperação processual; Função hermenêutica**.**

❍ **Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança:**

Dois sentidos:

Objetivo: segurança jurídica

Subjetivo: proteção da confiança

Para que a proteção da confiança exista, é preciso que existam quatro pressupostos:

i. Base da confiança

ii. Confiança na base

iii. Exercício da confiança

iv. Frustração da confiança por ato do poder público

3 concretizações atuais desses dois princípios (segurança jurídica e proteção da confiança):

- Dever de uniformizar jurisprudência

- Dever de modular efeitos em mudança de jurisprudência

- Na quebra de estabilidade, criar regras de transição jurídica

9 - Considerações Finais

Chegamos ao final da nossa aula inaugural! Vimos uma pequena parte da matéria, a qual é, sobremaneira, um assunto muito relevante para a compreensão da disciplina como um todo.

A pretensão desta aula é a de situá-los no mundo do Direito Processual Civil, a fim de que não tenham dificuldades em assimilar os conteúdos relevantes que virão na sequência.

Além disso, procuramos demonstrar como será desenvolvido nosso trabalho ao longo do Curso.

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato conosco.

Aguardo vocês na próxima aula. Até lá!

Rodrigo Vaslin



rodrigovaslin@gmail.com

Instagram:@rodrigovaslin

ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE:
PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.

1. 

Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.

2. 

Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).

3. 

Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).

4. 

Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).

5. 

Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).

6. 

Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).

7. 

Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.

8. 

O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.