

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

CURSO DE DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

Vol. I

2.^a Edição



MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

AGRADECIMENTOS ¹

Se, como já se disse com sabedoria, a gratidão é a mãe de todas as virtudes, agradecer é indispensável. Mas, considerando que este livro é resultado de diferentes atividades realizadas ao longo de décadas, reputo impossível cobrir todo essa extensão de tempo e tal complexidade de conteúdo para aí identificar tudo e todos aos quais devo meu reconhecimento. Portanto, a limitação é inevitável.

Agradeço inicialmente ao Doutor Marcelo Porciuncula que, em nome da Editora, fez o convite para a empreitada. Sou grato pela fé na consecução do trabalho, pela gentileza e pela paciência que sempre me dedicou. Espero poder retribuir dando sequência aos próximos volumes, para complementar o projeto do Curso.

Agradeço também aos Doutores Guilherme Setoguti Pereira e Viviane Siqueira Rodrigues. Estamos juntos desde seu curso de graduação, quando tive a oportunidade de lhes ministrar aulas de Processo Civil. Continuamos hoje juntos nas atividades de pós-graduação e em outras tarefas acadêmicas. Sem eles, não teria sido possível realizar este trabalho. Eles foram responsáveis pelo levantamento dos textos que eu houvera produzido e divulgado por diferentes canais. Mais do que isso, sua ajuda na atualização e na pesquisa foi indispensável. Os debates que travamos e a revisão final da obra me levaram a repensar ou a consolidar posições. Espero que o tempo ainda nos reserve muito mais trabalho e, portanto, convívio gratificante. Conto com eles na continuação.

Agradeço a meus Mestres, constante fonte de inspiração, consciente ou não. Naturalmente, eles foram muitos ao longo do tempo. Faço-o, primeiramente, na pessoa do Professor Antonio Junqueira de Azevedo, de saudosa memória

1. Constantes da primeira edição.

e que, embora não sendo exatamente um processualista, deixou marca indelével na minha formação jurídica, pelos quatro anos em que fui seu aluno no curso de graduação. Também agradeço na pessoa dos três processualistas que são minha mais importante referência: Antonio Carlos de Araújo Cintra, meu primeiro professor de Processo; Ada Pellegrini Grinover, minha mais fiel e presente companheira de vida acadêmica (sem embargo de considerá-la também minha professora); e Cândido Rangel Dinamarco, meu orientador nos cursos de Mestrado e Doutorado, cujo pensamento é seguramente minha maior fonte de inspiração. Espero que este livro, se não puder lhes ser fonte de gratificação ou de orgulho, que ao menos não lhes cause desapontamento. Peço que eles vejam a confissão que está lançada nas páginas seguintes, de assumida imaturidade intelectual para uma obra como a presente. Mas, como disse ali, é preciso começar um dia...

Agradeço, ainda, a meus Colegas, na pessoa dos dois Titulares do Departamento da Faculdade de Direito: José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto Bedaque, cujo trabalho e pensamento admiro e respeito sinceramente; e com quem pretendo sempre trabalhar pela unidade e harmonia de nossa Escola. Na pessoa desses dois Colegas homenageio em particular os Professores do meu Departamento.

Agradeço a meus Alunos, onde quer que tenham acompanhado minhas aulas. Na verdade, agradeço a todos os que eventualmente vejam em mim aquela condição: professor não é apenas quem se propõe a ensinar, mas aquele que seus interlocutores reconhecem como tal.

Agradeço aos amigos que, de alguma forma, apoiaram a empreitada. Não são tantos assim, porque verdadeiros amigos são como tesouros e, portanto, são escassos. Agradeço a todos eles, nas pessoas de dois amigos queridos: Rubens Pimentel Scaff Junior e Maise Gerbasi Morelli.

Agradeço finalmente a minha família, abrangidos aí meus entes mais próximos: Flávia, Fernanda, Vera, Clélia, Aldo, Rosângela, Juliana, Daniel, Lucas, Fábio e Luna. Santo de casa às vezes faz milagre sim...

SUMÁRIO

Imprescindíveis palavras ao leitor desta obra	23
Prefácio à 2ª edição	27

TÍTULO I

Conceitos introdutórios

CAPÍTULO I

Sociedade e tutela jurídica

1. Interesses e conflitos.....	31
2. Caráter heterogêneo dos conflitos	32
3. Crises	33
4. Pretensão.....	34
5. Relação entre pretensão e interesse processual	35
6. Formas de solução de conflitos	36
7. Autotutela	37
8. Autocomposição	38

CAPÍTULO II

Direito material e direito processual

9. Dois diferentes planos	41
10. Distinção a partir do «bem da vida»	42

11. Direito material e evolução metodológica do direito processual..	44
12. Os institutos fundamentais do direito processual (ação, exceção, jurisdição e processo).....	46
13. Direito material e processo: instrumentalidade e efetividade	47
14. Direito processual material?	48
15. Normas processuais e efeitos substanciais	49
16. Normas processuais fora do Código de Processo Civil	51
17. Desdobramentos da distinção entre direito material e processual	52

CAPÍTULO III

Fontes, interpretação e eficácia da norma processual

18. Fontes da norma processual	55
19. Interpretação da norma processual	59
20. Classificação segundo o método	60
21. Segue: analogia e princípios gerais	62
22. Segue: método comparativo	64
23. Classificação segundo o agente	66
24. Segue: classificação quanto ao resultado	69
25. Norma processual no tempo	71
26. Segue: a regra do «isolamento» dos atos processuais	73
27. Segue: atos processuais complexos	75
28. Segue: lei nova e modulação de efeitos	75
29. Segue: normas processuais sancionadoras	77
30. Norma processual no espaço	78

TÍTULO II

Princípios do Direito Processual Civil

CAPÍTULO I

Os princípios, a jurisdição e a Constituição

31. Princípios e escopos da jurisdição.....	83
32. Princípios e regras	84

33. Princípios «gerais» do direito processual.....	88
34. Princípios constitucionais do processo.....	90
35. Princípios constitucionais e direito processual constitucional	91
36. Princípios informativos do direito processual	92

CAPÍTULO II

Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional
(ou da tutela jurisdicional)

37. Inafastabilidade e poder (ou direito) de ação	97
38. Inafastabilidade e tutela jurisdicional	98
39. «Remédios» processuais e atipicidade da ação	99
40. Segue: remédios constitucionais e jurisdição constitucional das liberdades	100
41. Segue: os assim denominados «remédios heroicos»	101
42. Inafastabilidade e a defesa dos direitos transindividuais.....	103
43. Segue: tratamento coletivo de demandas individuais (crítica)	105
44. Inafastabilidade e devido processo legal	106
45. Inafastabilidade e segurança	107
46. Inafastabilidade e disciplina da competência	109
47. Inafastabilidade e solução adjudicada da controvérsia	110
48. Inafastabilidade e (inexistência de) monopólio estatal da jurisdição: arbitragem	112
49. Inafastabilidade e jurisdição fora do Poder Judiciário	112
50. Segue: comissões parlamentares de inquérito	112
51. Segue: atividade desempenhada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	113
52. Segue: agências reguladoras e políticas públicas	114
53. Inafastabilidade da tutela jurisdicional e duração razoável do processo	114
54. Processo eletrônico, acesso à Justiça e inafastabilidade	116
55. Duração razoável, metas e produtividade dos órgãos judiciais ...	118
56. Princípio da inafastabilidade e denegação da tutela jurisdicional .	120

CAPÍTULO III

Princípio da imparcialidade

57. Imparcialidade e jurisdição	121
58. Imparcialidade e independência.....	121
59. Independência e técnicas de uniformização da jurisprudência.....	122
60. Independência e controle (interno e externo) da Magistratura	123
61. Imparcialidade e juiz natural	125
62. Imparcialidade e princípio da demanda	126
63. Imparcialidade e providências de instrução determinadas de ofício	126
64. Imparcialidade: impedimento e suspeição.....	128
65. Caráter taxativo da previsão legal de impedimento e de suspeição?	128
66. Adiantamento de juízos de mérito.....	129
67. Imparcialidade e independência do árbitro (confronto com o juiz estatal).....	130
68. Imparcialidade e outros partícipes do processo	131
69. Segue: imparcialidade do membro do Ministério Público	132
70. Segue: imparcialidade de conciliadores e mediadores	134

CAPÍTULO IV

Princípio do contraditório

71. Contraditório e processo	137
72. Informação e reação	137
73. Informação.....	138
74. Segue: informação e processo eletrônico	139
75. Reação.....	140
76. Contraditório e prova.....	141
77. Contraditório: defesa técnica e autodefesa.....	143
78. Contraditório e direito a recurso	144
79. Contraditório e dever de colaboração (ou de cooperação)	145
80. Contraditório e lealdade processual	146

81. Contraditório e formação do convencimento das partes.....	148
82. Contraditório e motivação	148
83. Contraditório, motivação e persuasão racional.....	149
84. Motivação <i>ad relationem</i>	149
85. Contraditório e igualdade	151
86. O juiz e o contraditório	151
87. Derrogação ao princípio	152
88. Contraditório e limites de cognição	153
89. Princípio do contraditório no Código Civil.....	154
90. Contraditório e atuação de organizações privadas.....	155

CAPÍTULO V

Princípio da igualdade

91. Igualdade e escopos da jurisdição	157
92. Igualdade e acesso à Justiça	158
93. Igualdade na relação jurídica processual	159
94. Igualdade e processo eletrônico.....	160
95. Igualdade e resultado do processo.....	160

CAPÍTULO VI

Princípio da ação ou da demanda

96. Inércia da jurisdição e iniciativa do interessado	163
97. Princípio da demanda e (o assim denominado) princípio dispositivo	164
98. Segue: impulso oficial	165
99. Disponibilidade e indisponibilidade	166
100. Segue: princípio dispositivo e matérias que o juiz pode e deve conhecer de ofício	168
101. Desdobramentos do princípio da demanda.....	169
102. Princípio da demanda e outros princípios.....	170
103. Segue: (aparentes) exceções	171

CAPÍTULO VII

Princípio da publicidade

104. Conteúdo do princípio	173
105. Publicidade e veículos de comunicação de massa	174
106. Limites à publicidade	175
107. Publicidade e processo eletrônico	176
108. Publicidade e presunção de conhecimento	176

TÍTULO III

Os institutos fundamentais do processo civil: jurisdição

CAPÍTULO I

Conceito e escopos

109. A jurisdição no contexto das funções do Estado Moderno	181
110. Jurisdição e legislação	182
111. Jurisdição e Administração	184
112. Elementos conceituais de jurisdição.....	186
113. Elementos excluídos do conceito de jurisdição	187
114. A assim denominada <i>jurisdição voluntária</i>	189
115. Jurisdição e execução.....	192
116. Jurisdição e produção da prova.....	194
117. Atividade administrativa do juiz	195
118. Meios alternativos ou adequados de solução de controvérsias	196
119. Arbitragem	197
120. Conciliação e mediação	198
121. Outras técnicas para estimular a autocomposição	200
122. Escopos da jurisdição.....	201
123. Escopos (jurídico e social) e segurança jurídica	203
124. Escopo político	205

CAPÍTULO II

Princípios da jurisdição

125. Princípios da jurisdição	207
126. Investidura	207
127. Aderência ao território	208
128. Indelegabilidade.....	211
129. Inevitabilidade.....	212
130. Inafastabilidade, juiz natural e inércia	213

CAPÍTULO III

Espécies de jurisdição

131. Espécies de jurisdição	215
132. Segue: critério do objeto	216
133. Posição hierárquica	218
134. Jurisdição de direito e de equidade	219
135. Segue: equidade e discricionariedade	220
136. Jurisdição una e dúplice.....	221
137. Jurisdição estatal e não estatal	222

CAPÍTULO IV

Jurisdição e competência

138. Jurisdição e competência.....	225
139. Competência e inafastabilidade do controle jurisdicional	226
140. Competência e princípio do juiz natural	227
141. Vinculação entre competência e processo.....	228

CAPÍTULO V

Critérios de determinação

142. Critérios de determinação da competência.....	231
143. Critério objetivo	232
144. Critério territorial	235

145. Critério funcional.....	235
146. Conflito entre regras inspiradas em critérios diversos.....	238

CAPÍTULO VI

Etapas na determinação da competência

147. Etapas na determinação da competência	241
148. Competência internacional	242
149. Determinação da «Justiça» competente	243
150. Competência originária.....	247
151. Competência de foro.....	247
152. Competência de juízo.....	248
153. Competência do juiz	249
154. Competência recursal	251
155. Competência para cumprimento da decisão	252

CAPÍTULO VII

Competência absoluta e relativa

156. Competência absoluta e relativa	255
157. Segue: competência absoluta e relativa na arbitragem.....	257
158. Formas de modificação de competência (ou de prorrogação da incompetência) relativa	259
159. Segue: reunião de causas	260
160. Prevenção	263
161. Prevenção e distribuição por dependência	264
162. Perpetuação da competência.....	266
163. Competência e arbitragem	268

CAPÍTULO VIII

Conflito e reconhecimento de incompetência

164. Conflito de competência	271
165. Alegação de incompetência.....	272
166. Consequências do reconhecimento da incompetência	274

TÍTULO IV**Os institutos fundamentais do processo civil: ação e exceção****CAPÍTULO I****Aspectos conceituais da ação**

167. Ação: diferentes perspectivas conceituais	279
168. Sujeito passivo do poder ou direito de ação	281
169. Ação, processo e tutela jurisdicional	282

CAPÍTULO II**Classificação das ações**

170. Classificação das ações ou (mais corretamente) das tutelas	285
171. Tutela cognitiva ou declaratória (em sentido lato)	287
172. Tutela meramente declaratória	288
173. Mera declaração e interesse de agir.....	289
174. Suficiência da tutela meramente declaratória.....	290
175. Declaração de mero fato	291
176. Momento de eficácia da tutela meramente declaratória	292
177. Declaração principal e incidental	293
178. Declaração incidental e resolução de questão prejudicial	294
179. Tutela meramente declaratória na improcedência da demanda....	297
180. Tutela constitutiva: conteúdo.....	298
181. Sentenças constitutivas <i>determinativas</i> ou <i>dispositivas</i>	299
182. Tutela constitutiva e tipicidade.....	299
183. Tutela constitutiva e direito potestativo	301
184. Momento de eficácia da tutela constitutiva	301
185. Tutela condenatória	302
186. Imposição do dever de prestar e respectiva efetivação	303
187. Tutela condenatória e tutela executiva.....	305
188. Segue: execução como objeto de processo autônomo e de processo sincrético.....	306

189. Tutela condenatória e tipicidade	308
190. Tutela cautelar	308
191. Tutela cautelar e efeitos substanciais	309
192. Tutela de urgência (cautelar e antecipada): inserção no contexto da <i>tutela provisória</i>	311
193. O caráter atípico da tutela provisória (cautelar e antecipada)	313
194. A efetivação da tutela provisória	316
195. Fundamentos autorizadores da concessão da tutela provisória (e a correspondente exigência de motivação)	318
196. Tutela provisória requerida em caráter antecedente ou incidental	321
197. Tutela provisória antecipada de urgência requerida em caráter antecedente	322
198. Estabilização da tutela provisória antecipada de urgência.....	324
199. Tutela provisória cautelar requerida em caráter antecedente	326
200. Classificação das ações ou das tutelas (síntese)	328

CAPÍTULO III

Condições da ação

201. Condições da ação e direito material	331
202. Razão de ser das condições da ação	332
203. Condições da ação e mérito (as «falsas carências»)	333
204. Segue: teoria da asserção	334
205. Valor e atualidade da categoria das condições da ação.....	335
206. Condições da ação e inafastabilidade do controle jurisdicional ...	338
207. Condições «especiais» da ação	340
208. Condições da ação, pressupostos processuais e (as assim ditas) «condições de procedibilidade»	340
209. Possibilidade jurídica da demanda.....	342
210. Possibilidade jurídica e tipicidade da ação.....	343
211. Legitimidade ordinária e extraordinária	344

212. Parte, parte legítima e terceiro.....	345
213. Legitimidade, direito material e mérito	346
214. Legitimidade e pluralidade de partes (litisconsórcio)	347
215. Interesse processual	347
216. Interesse e via processual adequada («ação cabível»)	349
217. Legítimo interesse de agir	350
218. Interesse de agir no desenrolar do processo.....	351
219. Segue: perda ulterior do interesse processual (carência superveniente)	352

CAPÍTULO IV

Elementos identificadores da ação

220. Elementos identificadores da ação (ou da demanda).....	355
221. Demandas «repetidas» e «repetitivas»	356
222. Partes	357
223. Causa de pedir (próxima e remota)	357
224. Fundamento jurídico e fundamento legal	358
225. Pedido	360
226. Pedido imediato e mediato.....	360
227. Pedido, mérito e questões de mérito.....	361
228. Pedido e requerimento	362
229. Iniciativa do pedido.....	363

CAPÍTULO V

Aspectos conceituais de exceção

230. Exceção (significados possíveis).....	365
231. Exceção e ônus de alegação	366
232. Exceção e tutela jurisdicional	367
233. Exceção e limites à cognição vertical (profundidade) e horizontal (extensão)	368
234. Hipóteses em que o réu deduz pedido	368

235. Segue: reconvenção e pedido contraposto	369
236. Segue: ação dúplice	370

TÍTULO V

Os institutos fundamentais do processo civil: processo

CAPÍTULO I

Natureza, conceito e classificação

237. Introdução	375
238. Teorias acerca da natureza jurídica do processo.....	376
239. Significado atual de processo	378
240. Segue: processo não é apenas um procedimento em contraditório	380
241. Segue: processo e vinculação dos destinatários do ato final (re- sultado)	383
242. Segue: processo como instrumento de atividades voltadas a solu- ções não adjudicadas.....	384
243. Significado atual de processo: síntese	386
244. Classificação dos processos.....	387

CAPÍTULO II

Procedimento

245. Procedimento.....	391
246. Procedimento e contraditório.....	392
247. Procedimento rígido e flexível	393
248. Rigidez do procedimento no Código de Processo Civil	394
249. Classificação dos procedimentos: comum e especiais	398
250. Segue: procedimento comum (antes ordinário e sumário)	399
251. Caráter residual do procedimento comum	400
252. Escolha do procedimento pela parte	401
253. Modo do procedimento.....	403
254. Oralidade.....	403

255. Segue: a oralidade no CPC vigente	404
256. Perspectivas da oralidade	406
257. Alteração do procedimento pelo juiz	407
258. Alteração do procedimento (<i>rectius</i> do processo) pelas partes	409
259. Negócio processual: elementos de existência.....	409
260. Segue: requisitos de validade	411

CAPÍTULO III

Atos processuais

261. Atos processuais: introdução	415
262. Forma dos atos processuais.....	416
263. Lugar	417
264. Tempo	419
265. Segue: prazos processuais (espécies)	420
266. Segue: contagem.....	422
267. Lugar e tempo: repercussões do processo eletrônico	424
268. Atos processuais sob a ótica dos respectivos sujeitos.....	454
269. Segue: conceito de sentença	426
270. Atos dispositivos das partes	428

CAPÍTULO IV

Relação jurídica processual

271. Relação jurídica processual.....	431
272. Relação processual e contraditório	432
273. Objeto da relação processual	433
274. Sujeitos da relação processual.....	433
275. Segue: capacidade	435
276. Pressupostos da relação processual (ou pressupostos processuais): tentativa de delimitação	437
277. Segue: quais são os pressupostos processuais?.....	440

278. Utilidade metodológica da categoria dos pressupostos processuais	442
279. Pressupostos processuais e condições da ação	442
280. Características da relação processual	443

IMPRESCINDÍVEIS PALAVRAS AO LEITOR DESTA OBRA ²

Quando um professor está pronto para oferecer ao público um Manual?

Essa sempre me pareceu uma pergunta relevante e de difícil resposta. Trabalho com tal perfil, não há dúvida, exige relevante acúmulo de experiência; o que, por seu turno, demanda tempo. É preciso mais do que simples conhecimento do conteúdo; é necessário tratá-lo de forma didática, atualizada, abrangente, sistemática e, de preferência, crítica. É preciso enxergar e mostrar as árvores, mas também a floresta.

Trabalho dessa ordem traz consigo uma considerável carga de responsabilidade: primeiro, perante os alunos, porque se propõe a guiá-los em assuntos usualmente novos – e, portanto, de alguma maneira se propõe a participar de sua formação; segundo, perante os pares do meio acadêmico que, compreensivelmente, costumam ter expectativas elevadas e rigorosas diante de uma obra que pretenda ter tal elastério; terceiro, perante os profissionais do foro que, por seu turno e com perspectiva diversa, esperam que a teoria lhes forneça resposta adequada para os problemas «práticos» que lhes traz o cotidiano.

Para um Curso ou Manual é preciso, enfim, maturidade; atributo que, apesar da idade e dos anos de trabalho intenso, reputo, sem qualquer falsa modéstia, não ter ainda de forma suficiente. Sem embargo disso, entre o risco de oferecer um trabalho ainda imaturo, de um lado, e o de perder a oportunidade de apresentar algo que pudesse ser mais um recurso à disposição do aluno (e, quem sabe, de outro tipo de público), acabei cedendo ao primeiro.

2. Texto revisto e atualizado para a segunda edição.

O risco é consciente: esta não é ainda a íntegra do Manual que gostaria de escrever. Mas talvez este seja o primeiro passo; ou mais um passo no processo de amadurecimento, que poderá resultar do acúmulo de mais experiência e da crítica construtiva daqueles que porventura se valham deste trabalho. Sirvo-me aqui do conselho de um Colega (de outra área do Direito) mais experiente na arte de escrever livros com o perfil aqui almejado: «a primeira edição de todo Manual é sempre um rascunho...». É um conselho sábio, não porque consinta em liberar as barreiras da autocritica responsável e equilibrada; mas porque encerra postura de humildade intelectual. Sempre será possível e necessário melhorar. Mas é preciso dar o primeiro passo. Então, aqui vai o «rascunho» de uma obra que pretende ser o primeiro volume de uma série cuja extensão é ainda indeterminada para mim (embora a intenção inicial fosse a de concentrar toda a matéria num só volume).

Nesse contexto, a presente obra é o resultado do exercício de mais de trinta anos de docência, aliado a reflexões extraídas – por tempo ainda superior – de palestras, conferências, bancas de concurso e de exames de tese, peças processuais, votos, pareceres, artigos esparsos e até mesmo de precedentes obras dedicadas a assuntos específicos. Nesse ambiente, este trabalho foi pensado e escrito essencialmente para aqueles que iniciam o estudo do Direito Processual, conquanto se proponha a ser crítico e, nessa medida, eventualmente possa aproveitar aos acadêmicos de outros patamares e, conforme acima foi mencionado, até aos profissionais que militam no foro.

O trabalho tem como referência fundamental o direito positivo brasileiro, descrito e pensado essencialmente à luz da doutrina e da jurisprudência pátrias. Por ser o resultado também da experiência acumulada no exercício da docência e por ter escopo didático, a obra não apresenta remissões próprias de trabalhos como dissertações e teses.

Fica a sugestão de que a leitura seja acompanhada da constante consulta aos textos legais. Eles foram referidos nesta obra com o objetivo de ilustrar os conceitos e, ao mesmo tempo, permitir, tanto quanto possível, visão mais abrangente do ordenamento. A alusão a dispositivos da lei, quando ainda são tratados temas essencialmente conceituais, pode até soar metodologicamente inadequada por ser prematura. Estou convencido do contrário: o aprendizado será tanto melhor quanto mais rapidamente o aluno puder associar o conceito ao modo pelo qual ele foi tratado pela lei. Ainda que a compreensão seja incompleta no primeiro momento, a combinação de conceito e de referência legal tende a ser construtiva, sem amesquinhar o ensino da disciplina a pretexto de ser positivista.

Mas o trabalho evita – embora sem excluir totalmente – a transcrição dos dispositivos porque sua leitura está ao alcance do leitor sem a necessidade de intermediação. Com isso se quis evitar ociosas repetições que tornam o texto

artificialmente alentado, sem ganho pedagógico relevante. O que a obra pretende, nesse particular, é tratar daquilo que não se contém na literalidade dos textos legais, embora seja imprescindível sublinhar que o contato tão frequente quanto possível com essas fontes – no caso dos estudantes – tenda a contribuir de forma relevante para o aprendizado. Portanto, o que se propõe é que a leitura desta obra provoque a ida frequente aos textos legais e que sirva como uma espécie de guia para sua leitura ordenada e crítica.

Ao leitor estudante de graduação, um conselho que nada pretende ter de polêmico: de preferência, na fase do aprendizado, ideal é que os textos legais não sejam daqueles anotados com jurisprudência. Não que ferramentas dessa ordem não sejam úteis. Muito pelo contrário, pouca coisa é tão eficiente para um profissional do Direito quanto um código repleto de pertinentes e atualizadas referências às decisões dos tribunais. Obras como essa são sucessos editoriais e prestam relevantes serviços. Mas é justamente o relativo conforto – na falta de palavra melhor – das fórmulas cristalizadas em tais anotações que pode, paradoxalmente, gerar o risco de amesquinhar o estudo, justamente num momento em que ele precisa ser expandido ao máximo. A formação do estudante com apoio apenas nesses enunciados – que tendem a simplificar o que é essencialmente complexo – pode prejudicar o raciocínio lógico e jurídico, além do espírito crítico; todos eles indispensáveis para o verdadeiro aprendizado.

Aliás, aí está o ponto mais importante: de nada vale o conhecimento dos textos legais se ele não considerar sua inserção no sistema e se não for feito de forma crítica. Resumos e fórmulas prontas – cuja leitura é de fato mais «doce», para usar apenas uma imagem – devem vir depois que estiverem sedimentadas as bases mais sólidas, resultantes de um estudo sistemático e crítico. Por isso, o aprendizado mediante o emprego de sinopses ou resumos – que podem até ter serventia em outro contexto – é simplesmente inviável.

Ainda ao leitor estudante de graduação, fica o conselho de que não há fórmula mágica para o verdadeiro aprendizado, que – feliz ou infelizmente – não pode ser instantâneo; embora o imediatismo pareça ser a marca contemporânea do contato com a informação, de um modo geral. Não é possível resumir ou sintetizar aquilo que não se apreendeu em essência. O aprendizado requer dedicação e – se não amor pela matéria – ao menos algum interesse. Há de existir alguma forma de gratificação nesse caminho, percorrido às vezes lentamente, em que o aluno é posto em contato com informações, sobre as quais reflete para que, algum tempo depois, as compreenda com inteireza e profundidade. É preciso deixar que a matéria penetre na mente como música, que se deixa entrar pelos ouvidos, ainda que não se possa perceber toda sua complexidade, riqueza e beleza num só e primeiro momento.

O ideal é que esse processo ocorra quando do curso de graduação. Re-

lembro aqui o conselho do dileto Mestre Professor Antonio Junqueira de Azevedo, segundo quem (se bem entendi suas palavras) sempre será mais difícil o aprendizado daquilo que não foi visto nos bancos da graduação. O exercício da profissão pode ser muito rico, mas não é o melhor ambiente para a formação do pensamento jurídico, justamente porque aquele primeiro exige esse último já desenvolvido. O estudo do caso concreto é sempre menor do que o estudo «puro» que se faz como aluno.

Ao leitor estudante pondero ainda que a leitura desta obra, como de resto a leitura de qualquer outra, pode e deve ser potencializada por outras atividades (sem pretender que esta fonte seja a mais importante, obviamente). Além da remessa aos textos legais que já foi enfatizada, estimula-se a leitura de outros livros com igual objetivo didático (a comparação de conteúdo e de estilos é frutífera). Além disso, potencializa o estudo o maior engajamento possível nas atividades realizadas em sala de aula (aulas expositivas, debates em seminários e outras que possam ser idealizadas). Depois que o aprendizado estiver feito, o recurso a obras de jurisprudência anotadas passa a ser uma ferramenta das mais úteis, conforme acima mencionado. A somatória amplificará a capacidade de aprendizado e tenderá a torná-lo ainda mais gratificante.

Finalmente, como acima alertado, esta obra congrega experiência de décadas de intensa atividade profissional (principalmente como advogado, mas também como juiz eleitoral) e acadêmica (que retroagem até mesmo aos tempos da graduação do próprio autor). Assim, muitas das ideias expostas podem ser incidentalmente encontradas em obras precedentes. O que se buscou aqui foi sistematizar o material resultante da conjugação de todas essas atividades, dirigindo-a principalmente ao público já mencionado.

PREFÁCIO À 2ª EDIÇÃO

Desde a primeira edição da presente obra se passaram cerca de cinco anos. Em termos absolutos, o lapso já poderia ser considerado relevante. Mas, o que de lá para cá aconteceu na vida do processo civil brasileiro faz parecer que o tempo foi ainda maior.

Desde logo, basta lembrar que, já no ano seguinte, acabou por ser editado o novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 2016. Embora isso não tenha chegado a ser exatamente uma surpresa (e a decisão de lançar a primeira edição deste livro levou em conta o que, então, era uma possibilidade), fato é que o andamento do processo legislativo ensejava dúvidas não apenas sobre a aprovação do Projeto, mas sobre qual seria, no final, o respectivo conteúdo. A considerável diferença entre o projeto que foi gestado no Senado e aquele que retornou da Câmara bem ilustra a assertiva. Ademais, como já era de se esperar, as modificações – que já vinham sendo anunciadas e discutidas – geraram dúvidas e perplexidades. E, conquanto não tenham sido alteradas as bases do direito processual civil brasileiro (sem embargo de opiniões em contrário), é inegável que a nova lei positivou ou modificou a disciplina de institutos importantes.

Para ilustrar, o Código, na esteira da legislação extravagante então recém editada (Lei 13.140/2015), dedicou especial atenção a técnicas voltadas a soluções não adjudicadas de conflitos – o que é ilustrado pela disciplina da audiência prévia de conciliação ou mediação; foi particularmente enfático quanto à observância do princípio do contraditório e positivou o assim chamado dever de colaboração; criou novas possibilidades de celebração de negócios jurídicos processuais; procurou combater formalismos; ampliou os mecanismos de gerenciamento de causas repetidas, com o compromisso de que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e a manter estável, íntegra e coerente; procurou estabelecer uma disciplina unitária da tutela provisória e, dentro dela, das tutelas de urgência e

de evidência; passou a admitir expressamente a produção antecipada de provas desvinculada do perigo da demora; abriu a possibilidade da formação de coisa julgada sobre a resolução de questões prejudiciais; positivou o poder de o juiz determinar medidas coercitivas e indutivas também em matéria de obrigações de pagamento de quantia, dentre outras não pouco relevantes inovações. Além disso, o Código trouxe sistematização própria e relativamente inovadora – uma dificuldade adicional para aqueles que, como o autor desta obra, estavam confortavelmente acostumados com a organização e distribuição das matérias no diploma precedente (não obstante a perda de sistematização resultante das sucessivas alterações pelas quais passara o CPC/1973).

Mas, desde o advento da primeira edição deste Curso, outros fatos relevantes afetaram o universo do processo civil. A teoria geral do processo passou – ou melhor, ainda está passando – por uma revisão crítica importante. Uma das causas prováveis disso está na ampliação dos mecanismos consensuais de solução de controvérsias não apenas no processo civil: para além da transação penal, da suspensão condicional do processo, dos termos de cessação e de ajustamento de conduta, a colaboração premiada e os acordos de leniência ganharam importância não apenas teórica na realidade brasileira. Mais do que nunca, portanto, é preciso recorrer à teoria geral (do direito e do processo) e, nessa toada, conceitos clássicos como os de *jurisdição* e *processo* precisavam mesmo ser repensados. Também é possível detectar que, nesse período, a arbitragem ganhou ainda mais terreno. Embora seja certo que o processo ali tenha suas peculiaridades, é inegável – e até indispensável – o diálogo com o processo civil «tradicional», com potenciais ganhos para ambos os lados. Ainda, a busca por uniformidade e estabilidade da jurisprudência, que, como dito, ganhou corpo no novo Código, tem provocado novos e instigantes desafios, que, ao lado de outras circunstâncias, têm levado a discutir qual o papel das cortes superiores.

Nesse período, outros fatos impactaram o processo civil: se de um lado cresceu – em quantidade e em qualidade – o grupo de estudiosos dessa área, perdemos ícones como Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira e Egas Moniz de Aragão. Conquanto a obra desses juristas seja perene, a perda foi significativa e dolorosa. A isso tudo, falando agora pessoalmente, somaram-se mudanças em minha própria vida pessoal e profissional – essa última marcada pelas atribulações resultantes do acúmulo da vida acadêmica e da prática da advocacia. Registro isso inclusive como uma forma de justificativa para o tempo decorrido desde a primeira edição. Espero, ao menos, que a espera tenha valido a pena.

O resultado ainda está abaixo do que considero ideal, quer pelo conteúdo, quer pela extensão do que foi abordado; e, portanto, do que ainda falta examinar. Fica o compromisso de, em médio prazo, avançar.

TÍTULO I

CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

CAPÍTULO I

SOCIEDADE E TUTELA JURÍDICA

1. Interesses e conflitos. É intuitivo que a vida em sociedade – quer pela diversidade dos indivíduos e dos grupos que a compõem, quer pela relativa escassez de bens aptos à satisfação de todas as pessoas – gera relações que exigem alguma forma de ordenação. Guardadas as peculiaridades próprias de diferentes culturas e momentos históricos, o que há de comum nessa busca de organização é que ela está assentada no exercício de determinada forma de *poder* e se traduz na edição de normas jurídicas, mesmo que não escritas. Essas normas, de um modo geral, procuram disciplinar a convivência de diferentes *interesses*.

Interesse é conceito em torno do qual gravitam importantes temas jurídicos e, em particular, institutos processuais. Ele pode ser entendido como aptidão de determinado bem ou pessoa a satisfazer a necessidade de outrem, de sorte a existir complementação ou *utilidade*. Interesses diversos podem conviver de forma harmoniosa e, em certa medida, é isso que busca o Direito. Os interesses são objeto de regulação antes e independentemente do processo. Mas, quando deixa de haver coexistência pacífica, surgem os *conflitos* e, com eles, a necessidade de mecanismos de solução.

Portanto, ao estudo do Direito Processual interessa essencialmente o fenômeno decorrente da insuficiência das normas que, de forma primária, buscam conciliar interesses divergentes. Assim, se apesar delas subsiste alguma forma de *conflito*, a superação desse estado de coisas se dá essencialmente por uma, dentre duas formas possíveis: ou a solução resulta do comportamento dos interessados (ou de algum deles); ou ela advém de terceira pessoa – caso em que se fala em decisão adjudicada ou imperativa.

Conflito é terminologia abrangente e consideravelmente genérica, como

convém a considerações ainda introdutórias. Quando se pensa no estado de insatisfação que possa resultar das relações estabelecidas em sociedade, outros vocábulos são usualmente empregados, tais como *controvérsias*, *disputas*, *crises*, *litígios* e *lides* – sendo essa última terminologia empregada com frequência pela doutrina. Nesse contexto, *lide* pode ser entendida como *conflito de interesses qualificado por pretensão resistida* (ou insatisfeita). Esse conceito, contudo, foi criticado por expressar fenômeno sociológico, e não exatamente jurídico: o conflito pode ter uma dimensão maior do que aquela trazida para o processo (pedido e respectivos fundamentos); além disso, nem sempre a intervenção do Estado, sob a forma de jurisdição, ocorrerá na presença de uma lide, tal como acima definida.

2. Caráter heterogêneo dos conflitos. O emprego de conceitos genéricos como os de *conflitos* ou *controvérsias*, conquanto corretos e usuais, deve, mesmo no início do aprendizado, ser visto com ressalvas. É que a homogeneidade que ali supostamente se contém não condiz com a complexidade e a diversidade das relações típicas da sociedade contemporânea. Não é metodologicamente útil simplesmente equiparar, por exemplo, conflitos de natureza *individual* e *coletiva* (em sentido lato); ou aqueles de natureza *empresarial* e os que envolvem o *direito de família*; ou aqueles entre entes *privados* e os que abrangem as pessoas de direito *público*.

De um lado, o tratamento homogêneo dos conflitos, justamente por não resistir à realidade das coisas, ignora que os modos de resolução das controvérsias, a resposta jurisdicional e até mesmo o modo de ser do processo variam – e muito, em alguns casos – conforme a natureza do litígio e das pessoas nele envolvidas. Desse equívoco podem resultar distorções importantes, por exemplo, quando se pretende tratar da ineficiência do processo, das causas de congestionamento e da morosidade do Poder Judiciário (problema tão recorrente que já merece ser tratado em obra com caráter institucional), sem que seja feita a necessária distinção entre espécies de conflitos, que reclamam soluções igualmente diversas.

«Boa ilustração disso está na relação que não raro se procura fazer entre, de um lado, morosidade, e, de outro, excesso de recursos ou falta de *boa vontade* para transigir – ambos fenômenos não raramente associados incorretamente à atuação dos procuradores das partes. O que às vezes se interpreta como excesso de *recursos* decorre do grande número de *processos*, com presença marcante da Fazenda Pública em juízo, quer como autora, quer como ré. E, nesses casos, ou o reexame por tribunais é obrigatório (CPC, art. 496) ou os recursos devem ser interpostos pelos advogados no estrito cumprimento de dever funcional. Nesses processos, e aí entra o outro aspecto, a possibilidade de solução da controvérsia por transação ou não existe ou é

diminuta, pela indisponibilidade do direito envolvido. Portanto, o que vale para certas controvérsias não vale para outras. O mapeamento da natureza das diferentes controvérsias é fundamental para adoção de soluções adequadas aos problemas do direito processual e de sua (apenas parcial) responsabilidade pela morosidade da Justiça.»

De outro lado, e de forma paradoxal, o tratamento homogêneo dos conflitos convive com disciplinas estanques – por exemplo, de um «processo coletivo», «arbitral», «empresarial», «de família» – como se houvesse diferentes «direitos processuais»; o que, sem o devido cuidado, pode ser um erro metodológico, com consequências práticas nocivas. A existência de subsistemas – caracterizados por conjunto de regras especiais – considera que os conflitos são diversos e que o modo de os tratar deve ser diferente. Isso é correto. Contudo, isso não infirma a existência de um autêntico *sistema* processual. É preciso cautela para que, sob o argumento da especialidade, não se quebre a unidade desse sistema e, pior, que se dê ensejo a soluções casuísticas e arbitrárias.

«É até compreensível que, no «mercado» das profissões jurídicas (expressão usada por falta de outra melhor e por aderência à realidade das coisas), haja alguma tentativa de estabelecer «reservas» a partir da premissa de especialidades. Já na investigação científica isso não pode ocorrer, e mesmo a especialidade deve se reportar ao *geral*, inclusive para que se confirme – ou não – a justificativa do tratamento especial.»

3. Crises. O emprego do vocábulo *crises* também aparece com frequência na doutrina recente e, de fato, ajuda a compreender a passagem do plano sociológico para o ambiente processual (sem que se chegue ainda aos conceitos de causa de pedir, de pedido e de objeto do processo), porque permite uma ideia sobre o modo pelo qual o conflito pode ser superado. O termo sugere – ainda que de forma genérica – o conteúdo da solução adequada ao problema: quem conhece a crise pode buscar o remédio para superá-la. Daí decorre a associação feita pela doutrina entre *crises* e correspondentes formas de *tutela* (infra n. 170).

Fala-se, portanto, em *crises de certeza*, para situações em que se busca eliminar dúvida objetiva acerca da existência ou modo de ser de relações jurídicas – como é o caso dos pleitos afirmativos (CC, arts. 1.614/1.615) ou negatórios de paternidade (CC, art. 1.601); ou da assim denominada ação de usucapião (CC, art. 1.238 e ss.), por exemplo. Para essas situações, a resposta estatal será um ato com conteúdo meramente *declaratório*.

Fala-se também em *crises de adimplemento*, para designar controvérsias que envolvem uma *prestação*, ou, mais precisamente, obrigações ou deveres de *dar* (incluindo-se aí o pagamento de quantia), *fazer* e *não fazer*. Nesses casos,

não basta a declaração: é preciso impor o dever de prestar – o que é comumente referido como *condenação* (que, em alguns casos, pode ser referido como *ordem*) – e, se necessário, atuar de forma prática o comando; o que se designa como *execução* ou *cumprimento*.

Há também casos em que a *crise* está em determinado estado jurídico cuja *modificação* se apresenta como remédio adequado – como ocorre na anulação de negócios jurídicos (CC, art. 138), resolução de contrato (CC, arts. 475 e 478) ou extinção do vínculo ou da sociedade conjugal (CC, art. 1.571), por exemplo. Nessa categoria, há situações nas quais pode não existir propriamente uma crise – se e quando entendida como sinônimo de controvérsia – porque, na realidade, a modificação do estado jurídico só pode ser obtida em juízo, ainda que concordes os envolvidos. Exemplo disso está na anulação de casamento (CC, art. 1.571, II): ainda que marido e mulher estejam totalmente de acordo sobre a invalidade do ato, é imprescindível a participação do Estado no desfazimento desse ato solene. Em todos esses casos, a intervenção estatal se dá sob a forma de provimentos *constitutivos* (positivos ou negativos).

4. Pretensão. No contexto acima, *pretensão* é termo que pode ser empregado para explicar o que ocorre no momento anterior ao processo, mas que também é aproveitável, embora com sentido diverso, no ambiente processual. Quando se fala em «pretensão resistida» (no conceito de *lide*), pensa-se no fenômeno pré-processual, em que aquela é apenas e genericamente um ato de exigência, oriundo de alguém que quer fazer prevalecer seu interesse sobre determinado bem, em relação a determinada pessoa. Mas esse ato de exigência se projeta para o processo sob a forma de um *pedido* que é deduzido, com base em determinados fundamentos. Daí *pretensão* ganha contornos «processuais» e passa a designar o *objeto do processo*, isto é, o pedido à luz de uma causa de pedir; isso é o que se entende por *mérito* (infra n. 225).

Parte da doutrina confronta e distingue *direito subjetivo*, *pretensão* e *ação* – sendo esse terceiro vocábulo empregado em sentido «material» (por oposição à «ação processual»). Enquanto o primeiro seria apenas a posição favorável de uma pessoa em relação à outra, por força do direito objetivo (estado inerte), a pretensão consistiria no poder de exigir a prestação, objeto do dever ou da obrigação. Já a «ação de direito material» corresponderia à investida do titular da posição de vantagem contra o respectivo sujeito passivo – o que parece corresponder ao conceito de autotutela (infra n. 7). Esse pensamento é complementado pelos conceitos de *direito subjetivo público* (posição que permitiria exigir do Estado o exercício da jurisdição), de *pretensão processual* (que seria a exigência não perante o obrigado, mas perante o Estado) e de *ação processual*.