

2

**edição
2014**

CURSO DE DIREITO

PROCESSUAL

CIVIL

FREDIE DIDIER JR.
PAULA SARNO BRAGA
RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

**Teoria da Prova, Direito Probatório,
Ações Probatórias, Decisão, Precedente,
Coisa Julgada e Antecipação da Tutela**

Revisita e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 12.322/2010, 12.529/2011 e 12.844/2013 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante).

9ª edição
revisita,
ampliada e
atualizada



EDITORA
JUSPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

FREDIE DIDIER JR.

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

www.frediedidier.com.br

PAULA SARNO BRAGA

Professora de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Processual Civil da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Salvador.

Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (*Jus*PODIVM). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/*Jus*PODIVM). Mestre (UFBA). Advogada.

RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA

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

CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

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

VOLUME 2

8ª edição

Revista e atualizada de acordo com a EC/45, o Código Civil, as súmulas do STF e STJ, as Leis Federais n. 12.322/10 e 12.529/2011 e as Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (súmula vinculante).

2013

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

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

Copyright: Edições JusPODIVM

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

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

Diagramação: Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

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

SUMÁRIO

NOTA DOS AUTORES À OITAVA EDIÇÃO	15
Capítulo I	
TEORIA DA PROVA	17
1. Noções introdutórias	17
2. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova	18
3. Normas estruturantes do direito probatório	20
3.1. Poderes instrutórios do juiz	20
3.2. Aquisição processual da prova ou comunhão da prova	26
3.2.1. Noções iniciais	26
3.2.2. Aplicação à valoração e eficácia probatória	28
3.2.3. Aplicação ao litisconsórcio	29
3.2.4. Aplicação à admissibilidade probatória. O direito adquirido à produção da prova	31
3.2.5. Confronto com o ônus objetivo da prova	32
3.3. Proibição do uso de prova ilícita	32
3.4. Livre convencimento motivado. Sistemas de valoração das provas	40
4. Acepções da palavra “prova”	44
5. Objeto da prova	45
5.1. Observação preliminar	45
5.2. Características do fato probando	45
5.3. Fatos que independem de prova (art. 334, CPC)	46
5.4. Prova do direito	48
5.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro	48
6. Meios e fontes de prova	48
6.1. Generalidades	48
6.2. Liberdade dos meios de prova. Meios típicos e atípicos	50
7. Prova emprestada	52
7.1. Conceito	52
7.2. Eficácia	52
7.3. Outras questões	54
8. Máximas da experiência, indícios e presunções	55
8.1. As máximas da experiência	55
8.2. Presunções e indícios	58
8.2.1. Indício	58
8.2.2. Presunção	59
8.2.3. Classificação das presunções	61
8.2.3.1. Simples, comuns, “de homem” ou “hominis”	61
8.2.3.2. Legais	62

8.3.	A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992, o enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do STJ e as ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética.....	65
8.4.	A prova <i>prima facie</i>	69
8.5.	Prova por amostragem	71
9.	Classificação da prova.....	74
10.	O problema da verdade e a prova.....	75
11.	Finalidade da prova.....	78
12.	Destinatário	80
13.	Ônus da prova	81
13.1.	Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo	81
13.2.	Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária	85
13.3.	Distribuição (estática) do ônus da prova.....	85
13.4.	Inversão do ônus da prova <i>ope judicis</i> e a chamada inversão do ônus da prova <i>ope legis</i>	88
13.5.	Inversão do ônus da prova <i>ope judicis</i> . Causas de consumo e outras	90
13.6.	Convenções sobre ônus da prova.....	95
13.7.	Ônus da prova de fato negativo	96
13.8.	Prova diabólica.....	99
13.9.	Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.....	101
14.	Instrução da causa	108
15.	Preclusão para o juiz em matéria de prova.....	110
16.	Natureza jurídica das normas sobre prova	112

Capítulo II

DEPOIMENTO DA PARTE	115
1. Noções gerais	115
2. Espécies: o depoimento por provocação e o interrogatório	116
3. Depoimento do <i>presentante</i> e do <i>representante</i>	118
4. Recusa de depor	119
4.1. Noção	119
4.2. Escusa de depor.....	119
4.2.1. Noção.....	119
4.2.2. Direito ou dever de silêncio.....	119
4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes	120
4.2.4. Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional.....	123
4.2.5. Outras hipóteses expressas, em que se reconhece o direito ao silêncio, previstas no Código Civil (art. 229).....	124
4.2.6. Regra geral de escusa	126
5. Procedimento do depoimento.....	126

Capítulo III

CONFISSÃO	129
1. Generalidades	129
2. Natureza jurídica	130
3. Distinções	131
3.1. Confissão e reconhecimento do pedido	131
3.2. Confissão e admissão	132
4. Espécies de confissão	133
5. Eficácia da confissão	134
6. Ineficácia da confissão de quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados	137
7. A eficácia da confissão por representante	139
8. Irrevogabilidade da confissão	140
9. Invalidação da confissão	141
9.1. Generalidades	141
9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo	141
9.3. O erro de fato como causa de invalidação	143
10. Indivisibilidade da confissão	144

Capítulo IV

PROVA DOCUMENTAL	147
1. Conceito de documento	147
2. Documento e prova documental	151
3. Prova documental e prova documentada	152
4. Importância da prova documental	155
5. Elementos do documento	157
5.1. Autoria do documento	157
5.1.1. Autoria material e autoria intelectual	157
5.1.2. Documento autógrafa e heterógrafo	157
5.1.3. Documentos públicos e particulares	158
5.1.4. Subscrição e identificação da autoria	159
5.1.5. Autenticidade	160
5.2. Conteúdo	161
5.3. Suporte	162
6. Documento e instrumento	164
7. Data do documento	164
8. Eficácia probatória do documento	166
8.1. Introdução	166
8.2. Força probante dos documentos públicos	166
8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público	166
8.2.2. A caracterização da escritura pública como “prova plena”. Crítica à utilização da expressão “prova plena”	167
8.2.3. O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 366, CPC)	170

8.2.4.	O documento público irregular (art. 367, CPC).....	171
8.3.	Força probante dos documentos particulares.....	173
8.3.1.	Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 368, <i>caput</i> , CPC).....	173
8.3.2.	Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 368, p. único, CPC).....	176
8.3.3.	Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do <i>fac-símile</i> e dos outros meios de transmissão de dados.....	176
8.3.4.	Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação.....	177
8.3.5.	Eficácia probatória dos livros comerciais e da escrituração contábil.....	178
8.3.6.	Indivisibilidade do documento particular (art. 373, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 380, CPC).....	179
8.4.	Originais, cópias, certidões e traslados.....	180
9.	Vícios do documento: a irregularidade e a falsidade.....	184
10.	Documento eletrônico.....	186
11.	Produção da prova documental.....	191
11.1.	Momentos da proposição e da produção da prova.....	191
11.2.	Juntada posterior de documentos.....	192
11.3.	Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida.....	193
12.	Meios de obtenção da prova documental.....	195
12.1.	Requisição de documentos.....	195
12.2.	Exibição de documento ou coisa.....	198
12.2.1.	Generalidades.....	198
12.2.2.	Pedido de exibição formulado em face da parte adversária.....	199
12.2.3.	Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular.....	202
13.	Arguição de falsidade.....	203
13.1.	Noção.....	203
13.2.	Natureza jurídica e finalidade.....	204
13.3.	Legitimidade e interesse.....	206
13.4.	Procedimento.....	207

Capítulo V

PROVA TESTEMUNHAL	209
1. Noções gerais.....	209
2. Limitações à prova exclusivamente testemunhal: negócio jurídico cujo valor exceda a dez salários mínimos.....	210
3. Capacidade para testemunhar.....	215
4. Direito ao silêncio.....	220
5. Local e tempo do testemunho.....	221

6. Juntada do rol e intimação da testemunha.....	222
7. Substituição da testemunha.....	224
8. Procedimento de colheita do depoimento.....	224
9. Documentação do testemunho.....	228

Capítulo VI

PROVA PERICIAL	231
1. Conceito e generalidades.....	231
2. Fontes da prova pericial.....	234
3. Espécies de perícia.....	236
4. O perito e o assistente técnico.....	238
4.1. O perito e suas funções.....	238
4.2. Requisitos para escolha do perito.....	240
4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa.....	243
4.4. Escusa e recusa do perito.....	243
4.5. Substituição do perito.....	245
4.6. Assistente técnico e suas funções.....	246
4.7. Quadro comparativo.....	247
5. O juiz e a perícia.....	248
6. Admissibilidade.....	249
7. Procedimento de produção da prova pericial.....	251
8. Contraditório.....	258
9. Avaliação. Possibilidade de “segunda perícia” ou “outra perícia”.....	259
10. Despesas.....	261

Capítulo VII

INSPEÇÃO JUDICIAL	265

Capítulo VIII

AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS	269
1. Noções gerais.....	269
2. Ações probatórias “cautelares”.....	270
3. A antecipação da prova e as ações probatórias autônomas.....	274
3.1. Direito autônomo à prova.....	274
3.2. Produção e valoração da prova antecipada.....	276
3.3. Forma e eficácia da prova antecipada.....	277
3.4. Utilidade e necessidade da prova antecipada.....	277
4. Mecanismos legais.....	279
4.1. Generalidades.....	279
4.2. Produção antecipada de prova.....	279
4.2.1. Meios de prova. Proposta de atipicidade (art. 332, CPC).	279
4.2.2. Competência e prevenção. Exegese constitucional (acesso à justiça).....	282
4.2.3. Procedimento.....	284

4.3. Justificação.....	289

Capítulo IX

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.....	295
1. Conceito e generalidades.....	295
2. Conteúdo e estrutura	297
2.1. Considerações iniciais.....	297
2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial	298
2.3. Conciliação e fixação dos pontos controvertidos.....	299
2.4. Produção das provas orais.....	300
2.5. Alegações finais. Memoriais	301
2.6. Sentença	303
2.7. Conversão do julgamento em diligência.....	304
3. Documentação da audiência. Lavratura do termo de audiência.....	304
4. Designação, antecipação e adiamento da audiência de instrução e julgamento	305
5. A unidade e continuidade da audiência. Casos excepcionais de suspensão.....	309

Capítulo X

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	311
1. Nota introdutória.....	311
2. Sistematização dos pronunciamentos judiciais.....	311
2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais.....	311
2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular	312
2.3. As decisões proferidas em órgão colegiado.....	316
3. A sentença como norma jurídica individualizada	317
4. Elementos da decisão judicial.....	319
4.1. Introdução	319
4.2. Relatório.....	320
4.3. Fundamentação	320
4.3.1. A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação.....	320
4.3.2. O conteúdo da fundamentação	322
4.3.3. A fundamentação e a coisa julgada material	328
4.3.4. A decisão sem motivação	330
4.4. Dispositivo	333
4.4.1. Conceito.....	333
4.4.2. A teoria dos capítulos de sentença.....	337
4.4.3. Repercussões da teoria dos capítulos de sentença.....	339
5. Requisitos da decisão judicial	341
5.1. A congruência da decisão judicial.....	341
5.2. A congruência externa	341
5.2.1. Introdução: a abrangência dos arts. 128 e 460, CPC.....	341

5.2.2.	A congruência objetiva.....	344
5.2.2.1.	Decisão ultra petita.....	344
5.2.2.2.	Decisão extra petita.....	347
5.2.2.3.	Decisão citra petita.....	350
5.2.3.	A congruência subjetiva.....	356
5.3.	A congruência interna.....	359
5.3.1.	Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido.....	359
5.3.2.	Certeza (art. 460, p. ún., CPC).....	359
5.3.3.	Liquidez.....	363
5.3.4.	Clareza e coerência.....	369
6.	Decisões objetivamente e/ou subjetivamente complexas.....	371
7.	Decisões definitivas e decisões provisórias. Decisões de mérito e decisões de admissibilidade (decisões terminativas).....	374
8.	A decisão e o fato superveniente (art. 462, CPC).....	379
9.	A decisão que acolhe exceção substancial dilatória.....	389
10.	Conteúdo da sentença.....	395
10.1.	Conteúdo e efeitos: distinção.....	395
10.2.	Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo.....	396
10.2.1.	Introdução.....	396
10.2.2.	Decisões condenatórias.....	399
10.2.3.	Decisões constitutivas.....	402
10.2.4.	Decisões meramente declaratórias.....	405
11.	Efeitos da decisão judicial.....	407
11.1.	Eficácia principal.....	407
11.2.	Eficácia reflexa.....	407
11.3.	Eficácia anexa (eficácia de fato).....	408
11.3.1.	Generalidades.....	408
11.3.2.	Hipoteca judiciária.....	410
11.4.	Eficácia probatória.....	415
12.	Decisão determinativa.....	416
13.	Publicação, retratação e integração da decisão.....	419
14.	Interpretação da decisão judicial.....	421

Capítulo XI

PRECEDENTE JUDICIAL	427
1. Noções fundamentais.....	427
1.1. Decisão, precedente e <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>).....	427
1.2. <i>Obiter dictum</i> (ou <i>dictum</i>).....	430
1.3. Identificação da <i>ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>).....	432
1.4. Espécies de decisão e precedente.....	436
1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente.....	436
1.4.2. Decisão que homologa autocomposição e precedente.....	437
2. A importância do estudo do precedente judicial.....	438

3.	A jurisprudência como fonte do Direito.....	438
4.	Precedentes declarativos e precedentes criativos.....	440
5.	Eficácia jurídica do precedente.....	441
5.1.	Precedente como <i>ato-fato jurídico</i>	441
5.2.	Efeitos dos precedentes.....	442
5.3.	Nova compreensão de algumas normas jurídicas (princípios e regras) à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro.....	445
5.3.1.	Princípio da igualdade.....	445
5.3.2.	Princípio da segurança jurídica.....	446
5.3.3.	Regra da motivação das decisões judiciais.....	447
5.3.4.	Princípio do contraditório.....	448
5.4.	Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção.....	449
6.	A dinâmica do precedente.....	450
6.1.	Introdução.....	450
6.2.	Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado.....	450
6.3.	Técnicas de confronto, interpretação e aplicação do precedente: <i>distinguishing</i>	453
6.4.	Técnicas de superação do precedente: <i>overruling</i> e <i>overriding</i>	456
7.	A “súmula vinculante”.....	459
8.	Alteração do precedente e eficácia retroativa.....	463

Capítulo XII

COISA JULGADA	467
1. Considerações iniciais.....	467
2. Coisa julgada formal e coisa julgada material.....	468
3. Pressupostos da coisa julgada material.....	470
4. Acepções.....	472
5. Regime jurídico da coisa julgada material.....	477
5.1. Limites objetivos.....	477
5.2. Limites subjetivos.....	479
5.3. Modo de produção.....	483
6. Coisa julgada nas ações de estado.....	485
7. Efeitos da coisa julgada.....	485
7.1. Observação inicial.....	485
7.2. Efeitos negativo e positivo.....	485
7.3. Efeito preclusivo ou eficácia preclusiva da coisa julgada.....	487
7.4. Efeitos da coisa julgada penal na esfera cível (e vice-versa).....	491
8. Coisa julgada e relações jurídicas continuativas (art. 471, CPC).....	493
9. Instrumentos de revisão da coisa julgada.....	498
10. Relativização da coisa julgada.....	502
11. Coisa julgada e incidente processual.....	509

Capítulo XIII

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA	511
1. Tutela antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças	511
1.1. A tutela definitiva: satisfativa (padrão) e cautelar	511
1.2. A tutela provisória (sumária e precária): tutela antecipada. Antecipação dos efeitos da tutela definitiva	516
1.3. Tutela cautelar e tutela antecipada: mecanismos de neutralização dos males do tempo. Traços distintivos	517
1.4. Histórico da tutela antecipada satisfativa (atributiva). O poder geral de cautela e o poder geral de antecipação	525
1.5. A “fungibilidade” entre tutela cautelar e antecipada satisfativa (art. 273, §7º, do CPC)	528
1.5.1. Noções gerais	528
1.5.2. Subsistência do processo cautelar autônomo	532
1.5.3. Cumulação de pedidos: cautelar e conhecimento	533
1.5.4. “Fungibilidade” de mão dupla?	534
1.6. Ressalva final. Foco do presente capítulo: tutela antecipada satisfativa	537
2. Distinção entre liminar e tutela antecipada	538
3. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide	539
4. Análise do art. 273 do CPC	540
4.1. Efeitos antecipáveis	540
4.1.1. Antecipação da eficácia social da tutela	540
4.1.2. A antecipação nas ações constitutivas e declaratórias	541
4.2. Cabimento	545
4.3. Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva	547
4.4. Pressupostos gerais	548
4.4.1. Prova inequívoca e verossimilhança das alegações	548
4.4.2. Reversibilidade dos efeitos do provimento	553
4.5. Pressupostos alternativos	556
4.5.1. Noções iniciais	556
4.5.2. Perigo da demora	557
4.5.3. Atos protelatórios e abusivos da parte	559
4.6. Legitimidade	563
4.6.1. Autor, réu e terceiros intervenientes	563
4.6.2. Ministério Público	566
4.6.3. Concessão <i>ex officio</i>	567
4.7. Forma de requerimento	568
4.8. Momento	569
4.8.1. Considerações iniciais	569
4.8.2. Liminarmente	570
4.8.3. Na sentença	571
4.8.4. Em grau recursal	572
4.9. Instrução	573

4.10.	Manifestação do requerido.....	573
4.11.	Decisão.....	575
4.12.	Efetivação.....	576
4.13.	Possibilidade de revogação/modificação.....	581
4.14.	Recursos.....	583
5.	A resolução parcial do mérito da causa (o § 6º do art. 273 do CPC).....	585
5.1.	Introdução.....	585
5.2.	Natureza jurídica: resolução parcial do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela.....	588
5.3.	Nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo.....	591
5.4.	A incontrovérsia.....	592
5.5.	Grau de cognição e aptidão para a coisa julgada material.....	593
5.6.	Recursos e ordem do processo no tribunal.....	593
5.7.	Execução definitiva.....	595
6.	A antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública.....	596
6.1.	Generalidades.....	596
6.2.	Leis fundamentais e sua constitucionalidade. Breve histórico.....	601
6.3.	Análise do julgamento da ADI n. 223-6/DF.....	605
6.4.	Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC 30/2001).....	608
6.5.	Tutela antecipada para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público.....	610
6.6.	Tutela antecipada contra o Poder Público em matéria tributária.....	613
BIBLIOGRAFIA.....		617

NOTA DOS AUTORES À OITAVA EDIÇÃO

A oitava edição desse segundo volume do *Curso de Direito Processual Civil* vem com algumas alterações.

Acrescentamos um *novo capítulo*, dedicado às ações probatórias autônomas – produção antecipada de prova e justificação. Gostaríamos de realçar que encampamos o entendimento de alguns doutrinadores (Flávio Yarshell e Daniel Assumpção, p. ex.), no sentido de admitir a produção antecipada de prova independentemente da demonstração de urgência.

Inserimos itens novos: a) prova por amostragem, no capítulo sobre a Teoria da Prova; b) interpretação da decisão judicial (tema raramente tratado pela doutrina) e c) decisão que acolhe exceção substancial dilatória, no capítulo sobre a decisão judicial.

Fizemos aperfeiçoamentos importantes no capítulo sobre a Teoria da Prova, sobretudo nos itens dedicados à finalidade da prova, ao destinatário da prova e ao ônus da prova. O livro de Flávio Yarshell sobre antecipação da prova exerceu forte influência, como se verá.

Adequamos o capítulo sobre coisa julgada à concepção de objeto litigioso, que foi revista na décima quinta edição do v. 1 deste *Curso*.

No item dedicado à eficácia da decisão, deixamos clara a possibilidade de a eficácia anexa derivar de um negócio jurídico, e não apenas da lei.

Desenvolvemos mais o item dedicado à convenção sobre o ônus da prova.

Aperfeiçoamos consideravelmente o capítulo sobre o precedente judicial. Destacamos, no rol de aperfeiçoamentos, as contribuições sobre o *obiter dictum* e a análise do precedente judicial nas decisões de conteúdo processual e homologatória de autocomposição.

Gostaríamos de agradecer a Priscila de Jesus, Felipe Batista, Miro Ataíde, Thiago Torino, que nos ajudaram na atualização deste volume.

Queremos agradecer, também, a Rafael Ferreira, que nos ajuda o ano todo nesta empresa de manter o livro atualizado.

Esperamos que o livro continue a receber dos estudantes, estudiosos e julgadores (inclusive o STJ, que já nos prestigiou) a mesma receptividade e boa vontade que até hoje vem recebendo.

Muito obrigados.

Salvador, Bahia, em janeiro de 2013.

Fredie Didier Jr.

www.frediedidier.com.br

facebook.com/FredieDidierJr

Rafael Alexandria de Oliveira

Paula Sarno Braga

CAPÍTULO I

TEORIA DA PROVA

Sumário • 1. Noções introdutórias – 2. O direito fundamental à prova. Relação entre o princípio do contraditório e o direito à prova – 3. Normas estruturantes do direito probatório: 3.1. Poderes instrutórios do juiz; 3.2. Aquisição processual da prova ou comunhão da prova: 3.2.1. Noções iniciais; 3.2.2. Aplicação à valoração e eficácia probatória; 3.2.3. Aplicação ao litisconsórcio; 3.2.4. Aplicação à admissibilidade probatória. O direito adquirido à produção da prova; 3.2.5. Confronto com o ônus objetivo da prova; 3.3. Proibição do uso de prova ilícita; 3.4. Livre convencimento motivado. Sistemas de valoração das provas – 4. Acepções da palavra “prova” – 5. Objeto da prova: 5.1. Observação preliminar; 5.2. Características do fato probando; 5.3. Fatos que independem de prova (art. 334, CPC); 5.4. Prova do direito; 5.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro – 6. Meios e fontes de prova: 6.1. Generalidades; 6.2. Liberdade dos meios de prova. Meios típicos e atípicos – 7. Prova emprestada: 7.1. Conceito; 7.2. Eficácia; 7.3. Outras questões – 8. Máximas da experiência, indícios e presunções: 8.1. As máximas da experiência; 8.2. Presunções e indícios: 8.2.1. Indício; 8.2.2. Presunção; 8.2.3. Classificação das presunções: 8.2.3.1. Simples, comuns, “de homem” ou “hominis”; 8.2.3.2. Legais; 8.3. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992, o enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do STJ e as ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética; 8.4. A prova *prima facie*; 8.5. Prova por amostragem – 9. Classificação da prova – 10. O problema da verdade e a prova – 11. Finalidade da prova – 12. Destinatário – 13. Ônus da prova: 13.1. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo; 13.2. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária; 13.3. Distribuição (estática) do ônus da prova; 13.4. Inversão do ônus da prova *ope iudicis* e a chamada inversão do ônus da prova *ope legis*; 13.5. Inversão do ônus da prova *ope iudicis*. Causas de consumo e outras; 13.6. Convenções sobre ônus da prova; 13.7. Ônus da prova de fato negativo; 13.8. Prova diabólica; 13.9. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – 14. Instrução da causa – 15. Preclusão para o juiz em matéria de prova – 16. Natureza jurídica das normas sobre prova.

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

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

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

No processo jurisdicional, o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseie nos fatos suscitados no processo (normalmente pelas

1. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia Editor, 1981, t. 1, p. 9.

partes, mas que, em algumas situações, podem ter sido suscitados pelo próprio magistrado) e postos sob o crivo do contraditório.

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

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

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

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

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante.³ Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental.

Esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8.º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n.º 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”.⁴ Não custa lembrar que, na forma do § 3º do art. 5º da CF/88, após a EC n. 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O direito fundamental à prova tem conteúdo complexo.

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

-
2. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. 1, p. 10.
 3. Assim, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258-259; CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 166; DORJA, Rogério Dotti. “O direito à prova e a busca da verdade material” In: Daniel Amorim Assumpção Neves (coord.). *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 326.
 4. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, cit., p. 167-168.

Quanto ao primeiro aspecto, EDUARDO CAMBI esclarece que esse direito fundamental à prova tem caráter instrumental; e sua finalidade, afirma, é o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Por isso, deve-se sempre buscar dar efetividade a tal direito. E “nesse contexto, a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”,⁵ influenciando, assim, no convencimento do julgador. Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores constitucionalmente consagrados. Há inúmeras regras que limitam o direito à produção da prova. Elas serão estudadas oportunamente, no exame de cada um dos meios de prova.

Mas o direito à produção da prova tem autonomia suficiente para ser objeto de um processo autônomo. A *ação probatória autônoma* é uma demanda que possui como único propósito a produção de uma prova. Há ações probatórias autônomas típicas, como a produção antecipada de provas (arts. 846-851, CPC), a exibição (arts. 844-845, CPC) e a justificação (arts. 861-866, CPC). Há quem defenda, corretamente, a possibilidade de uma ação probatória autônoma *atípica*, em que se busca a produção de uma prova, simplesmente, fora das hipóteses típicas mencionadas – e independente de urgência. O titular desse direito é a parte que pretende estar mais bem informada para decidir se leva ou não a questão a juízo ou se lá a mantém, se já litigiosa. Destacam-se aí os poderes de busca e obtenção da prova, que viabiliza a adequada avaliação da parte interessada de suas chances de êxito em atual ou futura batalha judicial – não visando, necessariamente, usá-la como via de convencimento do juiz em julgamento estatal de mérito. Seria um “direito à investigação”⁶ – que a conduz à situação equiparável àquela observada em sede de inquérito civil, próprio das questões relacionadas aos direitos transindividuais (sobre o tema, cf. o v. 4 deste *Curso*). Ao estudo das ações probatórias autônomas dedica-se um capítulo inteiro neste volume do *Curso*.

O direito à participação na produção da prova é garantia básica inerente ao contraditório. Não se pode admitir prova produzida secretamente, muito menos se permite a utilização de uma prova contra quem não participou da sua produção.

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

6. YARSHIELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47, 211 e 212; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

A regra do art. 431-A, que cuida da realização da prova pericial, concretiza essa garantia. As exigências para a utilização da prova emprestada, examinadas neste capítulo, *idem*.

O direito de manifestar-se sobre a prova produzida é concretizado em diversas regras. Confirmam-se, por exemplo, a que permite a apresentação de laudo do assistente técnico da parte sobre o laudo pericial (art. 433, par. ún., CPC) e a que permite a apresentação das razões-finais, após a audiência de instrução (art. 454, CPC).

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

3. NORMAS ESTRUTURANTES DO DIREITO PROBATÓRIO

3.1. Poderes instrutórios do juiz

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

Fala-se, basicamente, em dois modelos possíveis: *a)* os sistemas informados pelo princípio dispositivo, em que cabe às partes em litígio a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*), o *adversarial system*; *b)* e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system*.⁷ Sobre a dis-

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

tinção entre os modelos dispositivo e inquisitivo de processo, conferir o capítulo sobre princípios do processo, no v. 1 deste *Curso*.

Perceba-se que limitar a atuação probatória do Estado-juiz, deixando aos litigantes (e seus advogados) a tarefa de reunir toda a prova do quanto alegado, não é uma opção estritamente técnica dos ordenamentos anglo-saxônicos e seu *adversarial system*. É, nitidamente, uma opção político-ideológica decorrente da prevalência de um ideário liberal e individualista. O processo seria equiparado a um duelo, uma competição desportiva entre as partes, que travariam um embate livre, “com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas ‘regras do jogo’”.⁸

Entretanto, a legitimidade deste modelo pressupõe a existência de um equilíbrio mínimo entre os adversários (litigantes), que devem confrontar-se com paridade de armas, o que nem sempre ocorre. Não raro, enfrentam-se indivíduos com capacidade econômica e posição social totalmente distintas, podendo a parte mais forte contar com advogado mais eficiente e habilidoso na condução da atividade probatória, por exemplo. E, diante da inércia institucionalizada do julgador, o resultado da prova pode restar desvirtuado.

Talvez em razão disso, “(...) justamente lá se vêm manifestando sinais – mais ostensivos na Inglaterra e nos Estados Unidos – de um deslocamento da ênfase de hábito no papel dos litigantes, ou de seus advogados, para o órgão judicial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, países da Europa continental dão a impressão de deixar-se tentar pela ideia de um movimento em sentido oposto”. É o que Barbosa Moreira chama de “jogo de correntes e contracorrentes”, identificando, aí, sintomas de convergência das duas famílias tradicionais do direito processual – *civil law* e *common law*. E, quem sabe, um dia, “o processo de *civil law* e o processo de *common law* venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que se contrastam”^{9,10}.

harmonicamente a iniciativa probatória oficial e das partes (“Poderes Probatórios de las partes y del juez en Europa”. *Revista Ibero-americana de direito processual*. Buenos Aires: Ano IV, n. 10, 2007, p. 306).

8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, *Temas de Direito Processual – nona série*, cit., p. 65-67. Sugere-se conferir, sobre o tema, AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdiccional*. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2006, p. 54 ss.
9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, *Temas de Direito Processual – nona série*, cit., p. 66 e 67. Mas não apenas no campo probatório observa-se a aproximação das referidas famílias jurídicas. Mauro Cappelletti identifica que, nos últimos decênios, ambas convergiram, cada vez mais, para a intensificação da criatividade judicial – em graus e naturezas bem semelhantes. E conclui que o fenômeno “é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias”. Verifica, ainda, a instituição de tribunais constitucionais – que se assemelham às Cortes Supremas do *common law* – em ordenamentos tipicamente de *civil law*, como Áustria, Alemanha, Itália, Espanha e França, desde meados do século XX, diminuindo-se ainda mais as diferenças entre elas (CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 123-128).
10. Na Inglaterra, por exemplo, a tradição sempre foi no sentido de que o juiz nunca dispusesse de provas por sua iniciativa. Em 1998, porém, ocorreu uma transformação radical no sistema inglês, para atribuir ao juiz amplos e extensos poderes de direção do processo, mas, no âmbito probatório, as mudanças não foram tão extremas. Não há nenhuma norma que permita a coleta de prova de ofício. Mas existem outras que permitem que o julgador determine quais são os fatos probandos, o meio de prova adequado, o modo como deve ser produzido em juízo, nomeie expert para colaborar no esclarecimento dos fatos, dentre

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

No ordenamento jurídico brasileiro, nada obstante ainda se perceba, na doutrina e na jurisprudência, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado¹¹ – fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual – pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista,

outros. Com isso, o juiz inglês passa a ter diversos poderes probatórios, que o aproximam da figura do juiz inquisidor dos sistemas continentais (TARUFFO, Michele. “Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”, cit., p. 321 e 322). Nos Estados Unidos da América, também se observa esse movimento de extensão dos poderes probatórios do juiz, valendo recordar que pode o juiz, de ofício, determinar a produção de prova testemunhal não requerida pelas partes, bem como interrogar testemunhas trazidas pelas partes ou de ofício, ou determinar a realização de consultas técnicas, nomeando o experto (TARUFFO, Michele. “Poderes Probatórios de las partes y del juez em Europa”, cit., p. 319 e 320).

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

No contexto jurisprudencial, podemos citar alguns julgados, neste sentido, do Superior Tribunal de Justiça: no Recurso Especial n. 629312/DF. Recurso Especial n. 132065/PR, Recurso Especial n. 84561/SP e Recurso Especial n. 171429/RJ. Também assim, julgado da Apelação Cível n. 70013511548, e da Apelação Cível n. 70005810296, ambos da Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.

Digno de transcrição, porquanto revele muito bem a eventual adoção de posturas deste viés na jurisprudência brasileira, trecho da ementa do Recurso Especial n. 192681/PR, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. (...) IV – No campo probatório, a grande evolução jurídica em nosso século continua sendo, em termos processuais, a busca da verdade real. V – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. VI – Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica desprezar a produção da prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz”.

Existem, ainda, julgados em que se reconhece que o juiz tem poderes instrutórios, mas que o nosso sistema não lhe impõe qualquer dever de investigação probatória – até porque o ônus de provar é das partes (assim, aresto no Recurso Especial n. 471857/ES, cujo relator foi o Min. Humberto Gomes de Barros). É o que defende, por exemplo, Eduardo Cambi. Para o autor o juiz seria munido de poder probatório, que não corresponde a qualquer dever. Sua atuação probatória serve, tão-somente, para complementar a atividade das partes, verdadeiras incumbidas de exercê-la (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 21).

a tendência é de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios.¹² Segue-se a tendência de adoção do *inquisitorial system* observada nos países latino-americanos, conferindo-se maior relevância à iniciativa probatória oficial.

A tendência é de certa forma recente, aqui no Brasil, mas conta com raízes históricas antigas. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, em obra dedicada ao tema, cita o pensamento de MANOEL AURELIANO GUSMÃO, que, já em 1922, afirmava, tratando da possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional, que “o juiz, órgão atuante do direito não pôde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes”.¹³

Mas antes mesmo disso, em 1916, comentando o Código de Processo do Estado da Bahia, o baiano EDUARDO ESPÍNOLA, dono de um pensamento além do seu tempo, já afirmava que

“o juiz, que não é, na processualística moderna, um simples autômato, dirige todo o processo inteligentemente, como um homem que vive no meio social em que a questão se agita, exige, não somente do queixoso, como também do queixado e até de terceiros, os elementos probatorios que, de acordo com a discussão e com as provas já fornecidas, lhe pareçam necessários à decisão da causa. Os clássicos princípios – o juiz deve julgar pelo allegado e provado – e – compete provar àquelle que allega – já foram banidos da recente doutrina e inteiramente desprezados pelos Códigos mais modernos”.¹⁴

Hoje em dia, tal como previsto no art. 130 do CPC, predomina o entendimento de que ao juiz são reconhecidos amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo. As vozes que, ainda hoje, opõem alguma resistência à ampla aplicação do art. 130 do CPC, fazem-no, no mais das vezes, por entender que haveria aí ofensa aos princípios do dispositivo, da isonomia ou do juiz natural (imparcialidade). Mas as apontadas ofensas não existem, senão vejamos.¹⁵

12. Nos tribunais, não são raros os julgados nesse sentido, tais como alguns dados no Superior Tribunal de Justiça: no Recurso Especial n. 651294/GO, no Agravo Regimental no Recursal Especial n. 738576 / DF, no Recurso Especial n. 964649/RS. É o que se vê, também, por exemplo, na decisão da Apelação Cível n. 70016797086, da Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS e no julgado do Agravo de Instrumento n. 70011261021, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.

13. GUSMÃO, Manoel Aureliano *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 75-76.

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

15. As ponderações feitas, doravante, sobre o assunto têm por base o pensamento de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001.

a) Sobre o *princípio dispositivo*: tal princípio está intimamente ligado à relação jurídica material veiculada no processo, no sentido de que, versando ela sobre direitos disponíveis, não pode o magistrado impedir que as partes pratiquem ato de disposição de vontade (renúncia, reconhecimento do pedido, transação etc.), cabendo-lhe tão-somente velar pela regularidade desses atos.¹⁶

Assim, “se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é”¹⁷, isto porque são distintas as relações jurídicas material e processual, razão por que a natureza da relação a ser decidida pelo juiz (relação jurídica material) não influiria nos poderes instrutórios que lhe são conferidos, tendo em vista que estes existem numa outra órbita (relação jurídica processual). Vale aqui, na órbita processual, um outro princípio, que é o inquisitório, “segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda”.¹⁸

b) Sobre o *princípio da isonomia*: as apontadas ofensas a este princípio fundam-se na plena disponibilidade das provas pelas partes, o que é um reflexo do ideal liberal-individualista, que não mais pode ser encarado de modo absoluto, porquanto dissonante da visão social que vem marcando a evolução do ordenamento jurídico. Ademais, a invocação da plena disponibilidade das provas pelas partes pode ser, ao revés do que pretende, um meio, aí sim, de ofensa ao princípio da igualdade substancial, na medida em que, como é cediço, nem sempre as partes têm, na prática, as mesmas condições de produzir prova dos fatos que alegam em seu favor; assim, longe de representar uma ofensa à isonomia, a atuação positiva do magistrado na investigação probatória pode representar uma atuação da igualdade substancial no processo, com o equilíbrio, *in concreto*, da situação jurídica das partes.

c) sobre o *princípio do juiz natural (dimensão substancial: imparcialidade)*: há ainda quem diga que a persecução probatória pelo juiz retirar-lhe-ia a imparcialidade, o que não é verdade, uma vez que o aumento do seu poder instrutório não favorece, *a priori*, qualquer das partes, proporcionando, tão-somente, uma apuração mais profunda e completa dos fatos que lhe são postos para análise.¹⁹

16. Neste sentido, MAURÍCIO LINDENMEYER BARBIERI: “O princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade a ser exercida pelas partes para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos” (“Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz”. *Prova Cível*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 113-114). Vide, ainda, AMEDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional*, cit., p. 113.

17. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 93.

18. BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. “Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz”, cit., p. 95.

19. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 108; AMEDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do Juiz e Tutela Jurisdicional*, cit., p. 113.

“E tem mais – acrescenta BEDAQUE –: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?”.²⁰

“Já o juiz – complementam MARINONI e ARENHART – que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da ‘verdade’, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo”.²¹

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE sugere²², com razão, que a melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vieram aos autos por sua iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, a motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de foro íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.

Como não poderia deixar de ser, na medida em que nenhum poder é absoluto, a iniciativa probatória do juiz sofre algumas limitações. “Fica-lhe proibido – ressalta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos ou emitir convicção de natureza íntima, pois deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.²³ Também representa limite à atividade do juiz a necessidade de fundamentação do ato judicial que determina a colheita oficial das provas e de submissão das provas colhidas ao contraditório²⁴. Outro limite há quando ocorre a revelia e, em consequência, sobrevém a incontrovérsia dos fatos: se os fatos deduzidos pelo autor não forem verossímeis, nada obsta que o magistrado determine que ele produza

20. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 108.

21. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 301. No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JR. afirma que o juiz, quando determina a produção dos elementos probatórios, não está fazendo prova para uma das partes, mas procurando chegar à prova efetiva, alcançando uma justa solução do litígio (“Prova – Princípio da Verdade Real – Poderes do Juiz – Ônus da prova e sua Eventual Inversão – Provas Ilícitas – Prova e Coisa Julgada nas Ações relativas à Paternidade (DNA)”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2004, n. 17, p. 15).

22. BEDAQUE, José Roberto. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 109.

23. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Problemas atuais da livre apreciação da prova”. In: *Prova civil*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 46.

24. Ao defender os poderes probatórios do juiz, Augusto M. Morello não se furta em traçar, também, limites que conferem legitimidade a essa atuação judicial, muito próximos àqueles aqui defendidos – como igualdade de tratamento, respeito à congruência (ao que foi deduzido pelas partes), boa-fé, vedação ao *venire contra factum proprium*, contraditório (podendo as partes manifestar-se sobre relevância e pertinência da prova, participar de seu processo de produção, fazer contraprova, falar sobre seu resultado antes da decisão) e a exigência de fundamentação da decisão que viabilize a via recursal. (MORELLO, Augusto M. *Nuestro Modelo Probatorio (En Lo Civil Y Comercial)*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996, p.42).

a prova das suas alegações; se, no entanto, forem verossímeis as suas assertivas, não estará autorizado o julgador a exigir dele que as comprove, porque aí há uma nítida opção do legislador pelo valor efetividade.²⁵

Países que, tradicionalmente, incorporaram o *inquisitorial system (civil law)*, assim como o Brasil, têm cedido espaço maior para a livre atuação probatória dos litigantes e seus advogados, restringindo os poderes do juiz.

Na Espanha, por exemplo, observa-se esse movimento. Em 2000, aboliu-se instrumento que dava ao juiz o poder de determinar a produção de provas de ofício, para suprir omissões das partes: as *diligencias para mejor proveer*. O juiz só poderá tomar iniciativa probatória nas hipóteses expressamente previstas em lei, que são muito restritas.²⁶

No Brasil, recentemente, na ADI n. 1570, proposta pelo Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido formulado, dando por inconstitucional o art. 3.º da Lei n.º 9.034/95²⁷, por ofensa ao princípio do devido processo legal, ao entender que a coleta pessoal de provas pelo magistrado desvirtua a sua função, comprometendo a sua imparcialidade no exercício da prestação jurisdicional. O aludido dispositivo permitia que, na persecução criminal versando sobre ação praticada por organizações criminosas, o magistrado, para preservar o sigilo absoluto no acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, realizasse pessoalmente a diligência, adotando, ele mesmo – e não outros auxiliares da justiça –, os procedimentos necessários para acessar tais informações. Foi voto-vencido o Min. Carlos Velloso, que entendia improcedente o pedido por considerar que o caráter público do processo não proíbe – aliás, impõe –, em hipóteses excepcionais, a participação ativa do juiz na busca da verdade material.²⁸

3.2. Aquisição processual da prova ou comunhão da prova²⁹

3.2.1. Noções iniciais

A prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo – não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções

25. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 156.

26. Michele Taruffo menciona essa redução de poderes de iniciativa probatória do juiz na Espanha, mas lembra que o art. 435 permite que o magistrado, de ofício, determine a renovação das provas se o seu resultado não foi suficiente (“Poderes Probatórios de las partes y del juez en Europa”, cit., p. 323). Vide, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. *Temas de Direito Processual – nona série*, cit., p. 59-61.

27. Lei Federal n. 9.034/95, art. 3.º: “Nas hipóteses do inciso III do art. 2.º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça”. Lei n.º 9.034/95, art. 2.º: “Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: ... III – o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais”.

28. Dados obtidos no Informativo/STF n. 336, de fevereiro de 2004.

29. Chiovenda traz uma abordagem muito mais ampla dessa norma, aplicando-o a toda e qualquer atividade processual das partes. Para o autor, o resultado das *atividades processuais* é comum para as partes. De um

(§§ 1º e 2º do art. 1.215 do CPC)³⁰. A *prova adere ao processo*, sendo irrelevante, em linha de princípio, saber quem a trouxe. O que importa é sua existência e, não, sua proveniência (origem).

Diz-se que é irrelevante, *em linha de princípio*, saber quem produziu a prova, porque, de fato, uma vez inserida no processo, o julgador deverá apreciar a prova dentro de todo o contexto probatório, pouco importando se a parte que a produziu ou a pedido de quem ela foi produzida aproveitará, ou não, o seu valor. Casos há em que a prova é prejudicial ao sujeito que a trouxe aos autos; mas nem por isso a prova deixará de ser considerada pelo magistrado.

Sucede que, como lembra FLÁVIO LUIZ YARSHALL, “não é de hoje que a credibilidade pessoal de cada qual dos litigantes, associada à verossimilhança das respectivas alegações, é reconhecida como dado relevante na formação do convencimento do juiz”³¹. Essa credibilidade pessoal, por sua vez, pode ser aferida a partir do grau de empenho e de comprometimento do sujeito com o processo, e a atividade probatória pode ser um bom cenário para, sob esse aspecto, avaliar a conduta das partes. Desse modo, se o juiz verifica que uma parte esforçou-se em trazer aos autos determinada prova, a despeito de não ser seu o ônus de fazê-lo, ou que deixou de produzir uma prova, mesmo que pudesse tê-la produzido com muito mais facilidade que o adversário, *pode ser* que essas condutas sejam relevantes para a formação do seu convencimento. Segundo Yarshell, “não parece incorreto extrair do comportamento das partes – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro *argumento de prova*”³².

Quando trazida aos autos, a prova sai da esfera de disposição daquele que a providenciou (parte, MP, terceiro ou juiz), tornando-se pública, comum e parte integrante do conjunto probatório, para favorecer ou desfavorecer quem quer que seja. Produzida pela parte pode servir até mesmo aos seus litisconsortes (o que se verá a seguir) ou ao seu adversário³³. A final, a prova não pertence à parte, mas ao processo. *É produzida para o processo*³⁴. Eis o teor da chamada *aquisição processual* ou *comunhão da prova*, por muitos designada como *princípio probatório*.

dado ato processual praticado por uma parte pode ser extraída vantagem pela outra – ex.: o documento produzido por uma pode beneficiar a outra (*Principii de Diritto Processuale Civile*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 748 e 749).

30. “§ 1º É lícito, porém, às partes e interessados requerer, às suas expensas, o desentranhamento dos documentos que juntaram aos autos, ou a microfilmagem total ou parcial do feito. § 2º Se, a juízo da autoridade competente, houver, nos autos, documentos de valor histórico, serão eles recolhidos ao Arquivo Público”.
31. YARSHALL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61.
32. YARSHALL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, cit., p. 63.
33. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.
34. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 217; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 321.

“E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo seu adversário. A isso se chama o ‘princípio da comunhão da prova’: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. E quando digo que pouco importa sua proveniência, não me refiro apenas à possibilidade de que uma das partes traga a prova que em princípio competiria à outra, senão também que incluo aí a prova trazida aos autos pela iniciativa do juiz”³⁵.

Assim, cabe ao juiz considerar e valorar todo o material probatório constante nos autos – “tudo que está nos autos está também no universo a ser considerado pelo juiz” –, sem qualquer preocupação acerca da sua fonte ou origem³⁶, desde que lícita.

3.2.2. *Aplicação à valoração e eficácia probatória*

A partir dessa norma, firma-se uma *comunhão da eficácia probatória*: realizada a prova, produz efeitos para todos os sujeitos processuais – seja para beneficiar, seja para prejudicar.

Por isso, o responsável pela prova, após sua produção, não pode retirá-la do processo ou impedir que o juiz a considere na formação do seu convencimento, sob o argumento de que o resultado lhe é (ao seu responsável) prejudicial ou por estar arrependido de tê-la requerido e produzido.

Não é ele (o responsável pela sua produção) o dono da prova. Seria como equipará-lo ao menino “dono da bola”, que, diante de um gol do adversário, tira a bola de campo³⁷ ou exige que o árbitro não compute o gol com ela realizado – o que pode até se coadunar com um jogo amador de futebol, mas é de todo incompatível com o espírito publicista e ético do jogo processual.

Consolida-se, ainda, a *homogeneidade da eficácia probatória*, pois deve ser atribuído um só valor à prova que, como tal, repercutirá na esfera do seu produtor e todos os outros sujeitos do processo: ou bem a prova demonstra a veracidade da alegação de fato, ou bem demonstra sua inveracidade, afinal não há meia-verdade;

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

36. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 84 e 85.

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

“(...) não existe fato meio verdadeiro ou verdadeiro somente para uns; ou o fato é verdadeiro para todos ou para ninguém (...)”³⁸.

Conclui-se, assim, que a prova pertence ao processo e produz efeitos comuns e homogêneos para todos os sujeitos processuais. É o que revela o princípio da aquisição processual (ou comunhão da prova), em momento posterior à produção da prova – já na fase de sua valoração.

3.2.3. Aplicação ao litisconsórcio

Ainda na fase de valoração da prova, digna de nota é a sua *eficácia expansiva* para os litisconsortes da parte que a produziu. A prova produzida pela parte é comum e, tal como valorada, produz efeitos para os seus litisconsortes. Se a prova trazida pela parte revela que um fato ocorreu, assim repercutirá para todos os litisconsortes; se revela que não ocorreu, *idem*.

Essa aplicação da regra da comunhão da prova não varia muito a depender do tipo de litisconsórcio – simples ou unitário – como, em princípio, se poderia crer. O regime de tratamento dos litisconsortes (simples e unitários), no contexto probatório, é regido por uma só regra, acima já anunciada e firmada: a *homogeneidade e comunhão da eficácia (ou ineficácia) da prova*. A prova terá o mesmo valor e produzirá (ou não) efeitos comuns e homogêneos para todos os litisconsortes³⁹.

Resta saber: *a)* quando a prova será eficaz e quando será ineficaz para o responsável pela sua produção e seus litisconsortes; *b)* sendo eficaz, se o valor a ela atribuído beneficiará ou prejudicará a todos ou só a alguns (por recair sobre fato irrelevante para os demais).

Diz-se, tradicionalmente, que, no *litisconsórcio unitário*, prevalece o *regime especial ou da interdependência*⁴⁰, pelo qual se dá tratamento uniforme aos litisconsortes. Assim: *a)* a conduta alternativa (aquela que visa consequência favorável) de um litisconsorte aproveita os demais (ex.: recorrer, cf. art. 509, CPC); *b)* já a conduta determinante (que traz consequência desfavorável), se praticada isoladamente por um litisconsorte unitário, é ineficaz em si mesma (ex.: renúncia ao direito de recorrer)⁴¹ – só será eficaz se praticada por todos, simultaneamente. E esse regime é compatível com o princípio da comunhão da prova.

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

39. Vide, sobre o tema, com visão em parte semelhante, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”, cit., p. 25 ss.

40. Confira-se, a este respeito, além do v. 01 deste Curso: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 153 ss.

41. Segundo Barbosa Moreira: “(...) conclui-se que, se apenas um (ou alguns) dos litisconsortes unitários porventura adota(m) comportamento determinante comissivo, ficam preexcluídos os efeitos típicos desse

A *produção de prova* por litisconsorte unitário é *conduta alternativa*, que visa consequências favoráveis dentro da causa, e sempre aproveitará os demais. Mas seu resultado não é absolutamente previsível; pode ser desfavorável àquele que a produziu e aos seus litisconsortes unitários, mas, ainda assim, os atingirá. A prova produzida pelo litisconsorte unitário sempre atingirá os demais – ainda que para prejudicar.

Trata-se de situação atípica em que uma conduta imprevisivelmente desfavorável de um litisconsorte unitário – no caso, prova que, por má sorte, lhe é negativa – prejudicará os demais, afinal o que importa é a existência da prova, a uniformidade do seu valor/efeitos e a revelação da melhor verdade possível sobre os fatos e, não, quem será por ela beneficiado/prejudicado.

Já a prova obtida por *confissão*, que é conduta previsível e inevitavelmente *determinante* e desfavorável, segue regra distinta. A confissão, realizada isoladamente por um litisconsorte unitário, é ineficaz em si mesma (a despeito do art. 350, CPC), não produzindo efeitos para ele nem para nenhum dos consortes; mas se realizada simultaneamente por todos eles, terá eficácia plena – o que só ratifica que a prova pertence ao processo e deve ter o mesmo valor e produzir (ou não) efeitos comuns e homogêneos para todos.

Diz-se que, ao *litisconsórcio simples*, aplica-se o *regime comum ou da autonomia pura*⁴², pelo qual cada litisconsorte deve receber tratamento independente, como se litigantes distintos fossem. Assim: *a*) a conduta determinante de um litisconsorte não prejudica os demais (ex.: reconhecimento da procedência do pedido); e *b*) a conduta alternativa também não os beneficia (ex.: recorrer). Mas a regra cai por terra no contexto probatório, em razão do princípio da *comunhão das provas*.

Isso porque se a *prova* realizada por um litisconsorte simples (*conduta alternativa*) recair sobre fato que diga respeito, também, aos demais, vai atingi-los, seja para beneficiar, seja para prejudicar; mas se recair sobre fato que a eles (demais litisconsortes) não se refira, a prova, por motivos óbvios e elementares, não os

comportamento, inclusive para o(s) colitigante(s) que o tenham adotado. O comportamento determinante comissivo só exteriorizará a eficácia típica se o adotarem todos os litisconsortes unitários”. Segundo o autor, trata-se da solução, em regra, cabível.

E continua. “Quando a ameaça à uniformidade provém de uma omissão, os efeitos da omissão perigosa unicamente se produzem quando todos se omitem, e basta que um atue para preexcluí-los; de maneira análoga e simétrica, quando a ameaça à uniformidade provém de uma ação, os efeitos da ação perigosa unicamente se produzem quando todos atuam, e basta que um se omita para preexcluí-los” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, cit., p. 171).

42. Confira-se, a este respeito, além do v. 01 deste Curso: FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 244; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*, cit., p. 153 ss.

atingirá – mas, ainda assim, terá o mesmo valor e eficácia probante para todos os sujeitos do processo, revelando a veracidade ou inveracidade de dado fato.

Mas o mesmo não se aplica à *confissão* de um litisconsorte simples, porquanto seja *conduta determinante*. Se recair sobre fato comum aos demais litisconsortes, será ineficaz em si mesma – afinal um litisconsorte não pode confessar pelo outro. Mas se recair sobre fato que não lhes é comum, a confissão será eficaz para o confitente, mas não irá prejudicar os demais – contexto em que se justifica a redação do art. 350, CPC.

3.2.4. *Aplicação à admissibilidade probatória. O direito adquirido à produção da prova*

O princípio da comunhão da prova também tem sua importância no momento anterior à produção e valoração da prova – ainda na fase de exame de sua admissibilidade –, quando dá solução a duas intrincadas questões.

a) Uma vez requerida e admitida a prova, *pode a parte requerente desistir de sua produção* ou haveria um direito adquirido à prova da parte adversária (ou do litisconsorte do requerente)? Em atendimento ao princípio da comunhão da prova, para que a desistência da prova produza efeitos é necessária a anuência da parte adversária (e/ou do litisconsorte do requerente) – que já vê consolidado em sua esfera jurídica o direito àquela prova⁴³ –, bem como a homologação do juízo, afinal a prova não é de quem requereu, nem do seu adversário (ou seu litisconsorte), mas do processo.

b) Uma vez determinada a prova de ofício, *pode o juiz dela desistir*, ou haveria direito adquirido de ambas as partes à sua produção? Por razões semelhantes, há, também aqui, direito à produção da prova incorporado ao patrimônio jurídico das partes, devendo o juiz ouvir ambas e contar com sua anuência para cancelar a diligência probatória.

Afora isso, pode a parte requerente ou o juiz desistir da prova, mediante justo motivo, isto é invocando fato novo que a tornou inútil ou desnecessária.

São situações em que a preclusão para o juiz – que obsta a retratação da sua decisão de deferimento da prova – cede espaço à comunhão da prova e à vontade convergente de todos os sujeitos do processo, que podem dispor simultaneamente deste direito/poder de realização da prova, em prol da economia, celeridade e efetividade processual.

43. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, cit., p. 218 e 219; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”, cit., p. 23 e 24.

3.2.5. *Confronto com o ônus objetivo da prova*

O princípio da aquisição processual – chamado por alguns de princípio do ônus objetivo⁴⁴, em terminologia que não é a nossa – não se confunde com o *ônus objetivo da prova*, mas com ele se relaciona.

O *ônus objetivo*, conforme se verá, entra em campo quando há uma *insuficiência probatória*; trata-se de um modo de analisar e aplicar as regras sobre ônus da prova que impõe ao juiz atribuir à parte que tinha o ônus de provar uma determinada alegação de fato eventual consequência negativa de não tê-lo feito.

Já a *aquisição processual* é princípio que norteia a avaliação do juízo num cenário de *suficiência probatória*; se determinada alegação de fato está demonstrada, não importa, em princípio, quem produziu a prova: a aquisição processual franqueia ao juízo uma análise *favorável ou desfavorável* a qualquer das partes, com base nas provas efetivamente produzidas – desconsiderando quem tinha o ônus de produzi-las ou quem as produziu.

Enquanto o ônus de prova trata da *regra de julgamento* a ser empregada quando as *provas não são suficientemente produzidas* – considerando quem não o fez, malgrado onerado⁴⁵ –, o princípio da aquisição processual trata da *liberdade de julgamento (motivada)* existente quando as *provas são efetivamente produzidas* e trazidas aos autos – independentemente de quem o fez⁴⁶.

Se não importa, para fins de julgamento, quem fez prova (aquisição processual), sendo irrelevante sua “identidade subjetiva”⁴⁷, importa quem deixou de fazê-la quando lhe cabia essa tarefa (ônus objetivo).

É o que basta para compreensão do princípio da aquisição processual e suas repercussões no processo civil.

3.3. *Proibição do uso de prova ilícita*

O art. 5.º, LVI, da Constituição Federal veda a produção, no processo, da prova obtida ilicitamente. Trata-se de direito fundamental do jurisdicionado: o direito de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência já se posicionavam nesse sentido.

44. Conforme RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. V. 1. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 320.

45. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 320.

46. Assim, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*, cit., p. 320. Cf., ainda, decisão prolatada no REsp n. 11.468-0/RS.

47. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “O princípio da comunhão da prova”, cit., p. 20.

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

Há quem diga que a vedação à prova ilícita é uma *regra constitucional*, não um *princípio*. Assim, Humberto Ávila⁴⁸, que, ao tratar da proibição de prova ilícita, defende basicamente que: a) é uma regra constitucional e não um princípio (no que parece ter razão); b) não admite ponderação desta regra com o outro princípio, pois para ele, no conflito (aparente ou efetivo), prevalece a regra. Isso porque as regras teriam a função primordial de solucionar um conflito de “razões” já vislumbrado em abstrato (e antecipadamente) pelo Poder Legislativo e o uso das “razões” autoritativas do legislador bloqueiam o uso das “razões” contributivas advindas dos princípios. Por isso, a existência de regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios, porquanto já exista solução legislativa prévia; c) como qualquer regra, somente pode ser afastada se a sua aplicação, no caso, for irrazoável ou inconstitucional. Percebe-se, facilmente, que o autor toma como premissa seu pensamento sobre critérios de superação das regras, exposto na obra *Teoria dos Princípios*.⁴⁹

Há vários critérios para não se admitir determinado meio de prova. Esses critérios podem recair (i) sobre o objeto da prova (p. ex., se a alegação de fato que se pretende provar não é controvertida), (ii) sobre os meios pelos quais os dados dela decorrentes são inseridos no processo (p. ex., utilização de testemunhas para a demonstração de alegação de fato que exige conhecimento técnico-especializado), (iii) sobre os procedimentos pertinentes à coleta do material probatório (p. ex., produção de prova pericial sem participação das partes ou dos seus assistentes técnicos), (iv) bem como, em alguns casos, sobre o valor da prova produzida (p. ex., testemunha que não presenciou os fatos sobre o qual é chamada a falar, ou que tem interesse na solução do litígio).⁵⁰ Tais limitações do direito à prova podem ter razões extraprocessuais (políticas, morais, éticas, religiosas), ou processuais (epistemológicas), quando se vedam provas irrelevantes e impertinentes – as quais representariam um dispêndio de energia desnecessário para a máquina judiciária e para as partes – ou que sejam capazes de conduzir o magistrado a uma falsa percepção da realidade.

Essas regras excludentes do direito à prova operam, principalmente, no momento preliminar à elaboração da prova, no seu juízo de admissibilidade. Aqui há uma valoração prévia de todo o material que irá adentrar o processo e ser objeto de consideração pelo julgador, joeirando-se e refutando-se aquele que é proveniente de fontes indignas, ou que tenha sido produzido por meios reprováveis,

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

49. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 105.

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

bem como aquele que possa induzir o juiz a uma equivocada cognição acerca dos termos da demanda. Quanto a este último aspecto, temos que tal valoração tem finalidade eminentemente processual, à medida que se volta ao resultado da percepção do órgão judicante sobre os fatos deduzidos. Em relação aos dois outros critérios (fontes indignas e meios de produção reprováveis), percebemos que o fim por eles colimado é o resguardo dos direitos materiais, sobretudo os de índole constitucional, dentre estes, em destaque, os fundamentais.⁵¹

Nesse sentido, um dos critérios utilizados para aferir a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova é saber se o seu conteúdo, a forma como foi obtido o material probatório ou o meio através do qual ele é inserido no processo são lícitos. O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que “contraria o ordenamento jurídico, visto pelo prisma dilatado da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito”.⁵² Assim, são exemplos de provas ilícitas a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio etc. São também exemplos de provas ilícitas aquela colhida sem observância da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.

É comum na doutrina fazer-se uma contraposição entre provas ilícitas e provas ilegítimas, afirmando-se que *prova ilícita* é aquela obtida com violação de alguma regra de direito material, enquanto que a *prova ilegítima* é aquela obtida com violação de alguma regra de direito processual. A classificação, contudo, é artificial, porque não considera que a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral. Não bastasse isso, a classificação parece-nos inútil, porque pouco importa qual a natureza jurídica da regra de Direito violada: a prova, nesse caso, será inadmissível no processo.

Sucede que, do mesmo modo que se pode falar na existência de um direito fundamental à vedação da prova ilícita, é indubitosa a existência do direito fundamental à prova. Trata-se de direitos que não se contradizem; antes, eles se complementam: o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. O problema é que é possível que, no caso concreto, esses direitos fundamentais entrem em rota de colisão. É o que se dá, por exemplo, nos casos em

51. A respeito da exclusão das provas determinadas por critérios processuais e por critérios extraprocessuais, vide análise de Antonio Magalhães Gones Filho, ob. cit., p. 96-133.

52. CAMBI. Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 69.

que o *único* meio de prova de que a parte dispõe para demonstrar suas alegações de fato foi obtido ilicitamente. Há, nesses casos, posições as mais variadas: há quem não admita, em hipótese alguma, a prova ilícita; há quem a admita sempre; há quem a admita apenas no processo penal, e desde que em favor do acusado; e há, por fim, quem defenda a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito.

Esta última é a posição que prevalece e, sem dúvida, parece-nos a mais correta. Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova *versus* vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz do princípio da proporcionalidade. Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no *processo penal*, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é falso, pois nem todas as penas envolvem privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais.

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

A prova ilícita é defeituosa e acarreta a nulidade da decisão que a toma por base, desde que o faça como único ou principal fundamento. Segundo lição de BARBOSA MOREIRA, “se o juiz, ao motivá-la, invoca outras razões, suficientes de per si – quer dizer, se o conteúdo da sentença permaneceria idêntico ainda com

abstração da prova impugnada como inadmissível –, então não há por que invalidar o julgamento”.⁵³

Um dos principais pontos de conflito está na relação entre a prova ilícita e o direito fundamental à intimidade/privacidade, que é tutelado constitucional e infra-constitucionalmente em vários dispositivos (ver, por exemplo, o art. 5.º, incisos X, XI e XII, da Constituição, e o art. 21, do Código Civil). Os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade resguardam a vida íntima e a vida privada da pessoa. Por vida íntima se entende a esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa consigo mesma; por vida privada, a esfera que diz respeito ao relacionamento da pessoa com um número restrito de pessoas (família, amigos etc.). Isso, por si só, é suficiente para que se conclua, por exemplo, que se a prova foi obtida sem invasão das vidas íntima e privada da pessoa, não haverá, a princípio, qualquer violação dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade. Por exemplo: não é ilícita a utilização de imagens captadas por detetive particular que flagra o cônjuge do seu cliente, em via pública, com a amante. Já se a captação de imagens é feita dentro do quarto de um motel, ou dentro do apartamento da amante, ou em qualquer outro local resguardado à privacidade do casal, poderá ser inadmitida, porque ilícita. Considera-se lícita também a utilização de imagens captadas por câmeras escondidas em estabelecimentos comerciais e nas áreas comuns dos condomínios⁵⁴. Também por conta disso, não se considera ilícita a prova obtida através de escuta ambiental, quando os interlocutores falam em voz alta, permitindo a captação do diálogo.

Ainda no que diz respeito ao direito fundamental à intimidade/privacidade e o seu ponto de tensão com o direito à prova, há uma questão bastante interessante e corriqueira, que é aquela que se relaciona ao sigilo das comunicações telefônicas. Há, basicamente, duas situações bastante expressivas: (i) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por uma delas, sem o conhecimento/consentimento da outra, caso em que se está diante da chamada *escuta telefônica*; (ii) quando a conversa entre duas pessoas é interceptada/gravada por um terceiro, sem o conhecimento/consentimento dos interlocutores, caso em que se está diante da chamada *interceptação telefônica*. No primeiro caso, da escuta telefônica, tem-se admitido a prova como lícita⁵⁵, sobretudo nos casos em que a divulgação do seu conteúdo ocorrer por motivo justificado (como, por exemplo, a defesa de legítimos interesses em juízo). No segundo caso, da interceptação telefônica, tem-se entendido que a prova é ilícita, salvo se tiver sido precedida de autorização judicial.

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

54. Cf. CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 84 e p. 93.

55. Cf. NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 195.

Vale observar que, ao cuidar da quebra de sigilo das comunicações telefônicas, o art. 5.º, XII, da CF, apenas admite para a investigação criminal e para a instrução processual *penal*. Eis a sua redação: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual *penal*”. Surge, pois, a dúvida: seria possível que um juízo *cível* autorizasse a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de instrução processual *civil*? CASSIO SCARPINELLA BUENO entende que não, embora admita a utilização, como prova emprestada, da interceptação autorizada por um juízo penal. EDUARDO CAMBI, investigando o assunto, chama atenção de que o texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, quando da promulgação da Constituição de 1988, era diferente daquele que hoje se apresenta. Dizia o texto originário: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual”. A Comissão de Redação acrescentou no texto aprovado as expressões “no último caso” e, ao final, “instrução processual *penal*”. Com isso, restringiu a possibilidade de interceptação apenas às comunicações telefônicas e tão-somente para fins de instrução em processo *penal*⁵⁶. O que se tem aí, como se vê, é uma norma inconstitucional, seja por vício de competência, seja por violação do devido processo legislativo.

Desse modo, é perfeitamente possível a quebra de sigilo telefônico para outras modalidades processuais, como o processo civil, bastando que o magistrado, no exercício do seu controle difuso de constitucionalidade, interprete e aplique adequadamente o inciso XII do art. 5.º da Constituição. A Lei Federal n.º 9.296/96 regulamenta a interceptação telefônica para fins de investigação criminal e de instrução processual penal. A despeito disso e dos seus inúmeros defeitos que contém, pode ser aplicada, no que couber e por analogia, às interceptações para fins de instrução do processo civil. A autorização judicial para a quebra do sigilo deve ser prévia, embora se venha admitindo, excepcionalmente, a autorização posterior (convalidação).

Encontra-se posicionamento, ainda, da 3ª Turma do STJ, no sentido de “admitir interceptação telefônica no âmbito civil em situação de extrema excepcionalidade, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminoso”. Ponderaram-se direitos fundamentais em jogo, para considerar-se legítima a atitude de juiz do Mato Grosso do Sul, tomada no intuito de investigar paradeiro de criança levada por familiar contra ordem judicial. (Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=intercepcao Acesso em: 05 de dez de 2011).

Existem, inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal, admitindo traslado de interceptação telefônica devidamente autorizada no juízo ou inquérito criminal, como prova emprestada para o âmbito estritamente administrativo.

56. Cf., respectivamente, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I, p. 137-138; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 95.

No Informativo do Supremo Tribunal Federal de n. 464 de 2007, noticiou-se decisão dada nos autos do Inq. N. 2424 que autoriza transferência de dados obtidos por interceptação eletrônica em inquérito/processo penal para outras esferas judiciais ou administrativas. Neste aresto, “considerou-se não afrontar à Constituição Federal ou à lei o entendimento de que a prova decorrente de interceptação lícita, autorizada e realizada em procedimento criminal, inquérito ou processo-crime, contra certa pessoa, na condição de suspeito, indiciado ou réu, possa ser-lhe oposta, na esfera própria, pelo mesmo Estado, encarnado por órgão administrativo ou judiciário a que esteja o agente submisso, como prova do mesmo ato visto sob a qualificação jurídica de ilícito administrativo ou disciplinar (...) equivaleria a impedir que o mesmo Estado, que já conhece o fato na sua expressão histórica correspondente à figura criminosa e, como tal, já lícitamente apurado na esfera penal, invocasse sua prova oriunda da interceptação para, sob as garantias do devido processo legal, no procedimento próprio, aplicar ao agente a sanção cabível à gravidade do eventual ilícito administrativo”. Afirmam que o ilícito penal também repercute na esfera administrativa, enquadra-se como ilícito desta natureza, que deve ser apurado e sancionado na forma da lei. E não se deve privar, dizem, essa investigação de prova essencial, em nome da preservação de uma intimidade que já fora devassada. Foi vencido o Min. Marco Aurélio alegando ofensa o art. 5º, XII, da CF.⁵⁷

Também se encontra decisão deste viés no STJ, dada no ano de 2008, em que admite o mesmo expediente, desde que autorizado judicialmente e respeitado o contraditório.⁵⁸

Já em 14.08.2008, a Corte Suprema, nos autos do MS-MC n. 27483/DF admitiu que a CPI dos Grampos tivesse acesso a dados acerca de interceptações telefônicas realizadas por operadoras de telefonia, mas sem que se prejudicasse o segredo de Justiça que protege os mandados e as ordens judiciais de interceptação. O único

57. “(...) QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2424-4 RIO DE JANEIRO - RELATOR: MJN. CEZAR PELUSO - EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Pcr.al. interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos.”

58. “(...) A interceptação telefônica como meio de prova necessita de expressa autorização do juízo criminal. Sua remessa e utilização em processo disciplinar devem ser autorizadas pelo juízo responsável pela preservação do sigilo de tal prova. Ademais, necessário que se respeitem, ainda, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Caso não observados esses requisitos serão nulos a sindicância e o processo administrativo disciplinar lastreado exclusivamente nas fitas degredadas das interceptações telefônicas. Precedentes citados do STF: RMS 24.956-DF, DJ 10/11/2005; do STJ: MS 9.212-DF, DJ 1º/6/2005, e MS 12.468-DF, DJ 14/11/2007.” (STJ - RMS 16.429-SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 3/6/2008). Também assim, observa-se o posicionamento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, seguindo voto do o ministro Napoleão Maia Filho (Mandado de Segurança n. 14405-DF, j. em 26.05.2010), no sentido de admitir prova emprestada de processo criminal para o âmbito disciplinar – mais especificamente para o PAD – Processo Administrativo Disciplinar. No seu voto, o ministro Napoleão Maia Filho apontou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) vem reconhecendo que a comissão disciplinar pode utilizar-se de prova criminal migrada de processo penal em PAD.

voto contrário foi do ministro Marco Aurélio, que defendeu o repasse integral de dados para a Comissão.⁵⁹

Existe decisão do STF em que não se admite utilização de interceptação telefônica autorizada em inquérito policial, por empréstimo, em ação de improbidade administrativa.⁶⁰

Não se pode esquecer, ainda, das chamadas provas ilícitas por derivação – a teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*). A doutrina e a jurisprudência também repelem as chamadas provas ilícitas por derivação, que são aquelas em si mesmas lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida: documento encontrado após invasão de domicílio, interceptação telefônica autorizada pelo juiz com base em documento falso etc. A teoria dos frutos da árvore envenenada prega que o vício da planta se transmite a todos os seus

59. Segue um excelente histórico do caso, noticiado no sítio do Supremo:

“Decisão do ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal (STF), garante às operadoras de telefonia o direito de não repassarem informações referentes aos números dos ofícios das autorizações da Justiça que permitiram interceptações telefônicas em 2007, inclusive os ofícios relativos às prorrogações das autorizações. Em agosto, o Plenário do STF confirmou decisão dada pelo ministro Peluso no mesmo processo (Mandado de Segurança 27483), a qual determinou que as operadoras eram obrigadas a informar à CPI dados sobre interceptações telefônicas realizadas em 2007, com exceção daquelas protegidas pelo segredo de Justiça. Pela decisão, as telefônicas tiveram de enviar para a CPI a relação dos juízos que expediram os mandados de interceptação telefônica; a quantidade de mandados e de telefones objeto das ordens judiciais de interceptação; a relação dos órgãos policiais destinatários das ordens judiciais; a relação dos órgãos que requereram as interceptações; a relação das cidades em que se situam os telefones que foram alvo das ordens judiciais de interceptação e a duração total de cada interceptação telefônica.

Depois dessa decisão, as operadoras informaram ao relator que a CPI requisitou diversos outros dados, entre os quais, os números dos ofícios das autorizações judiciais que permitiram e prorrogaram as interceptações telefônicas. O ministro Peluso afirmou em seu despacho que a decisão dada pelo STF confirmou a impossibilidade de quebra do segredo de Justiça e abriu exceção para que as operadoras informassem alguns dados que não estivessem protegidos por esse princípio. ‘Isto quer dizer claramente que, longe de significar que o que não foi proibido, teria sido autorizado por implicitude, a eficácia da decisão do Plenário só autorizou a informação dos elementos que enumerou letra por letra, de modo didático e inequívoco’, afirmou o ministro ao observar que estão excluídos todos os demais dados, ainda que não mencionados na decisão do Plenário. Com isso, Peluso decidiu que as operadoras não estão obrigadas a apresentar à CPI os números individualizados dos ofícios de autorização e de prorrogação judicial das interceptações, bem como os números dos telefones alvo de escutas. Segundo ele, esses dados devem ser excluídos das informações repassadas à CPI ‘pela razão óbvia de que, à sua vista, é possível capturar os principais elementos identificativos das causas resguardadas por segredo de Justiça e das pessoas nelas envolvidas como partes, investigados ou indiciados’” (Acesso em 19.12.2008. Disponível em “< [60. O Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, permitiu que provas colhidas por meio do Inquérito \(INQ 2245\) do mensalão sejam utilizadas por procuradores da República para o eventual oferecimento de ações de improbidade contra os 40 denunciados. O pedido de “compartilhamento de provas” foi feito pelo procurador-geral da República, Antonio Fernando Souza, que assina a denúncia do mensalão. Segundo Barbosa, “por serem imprescindíveis para o ajuizamento das competentes ações de improbidade administrativa contra os indiciados”, as provas, sigilosas ou não, poderão ser cedidas aos procuradores da República, exceto documentos obtidos por meio de interceptação telefônica \(exclusivos para processos criminais\). O ministro acrescenta que “os demais documentos sigilosos constantes destes autos \[do inquérito do mensalão\] não são exclusivamente destinados, por lei, à instrução de procedimentos criminais, mas sim para a apuração de qualquer ilícito, inclusive administrativo”.](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=97663&caixaBusca=N>”).</p>
</div>
<div data-bbox=)

frutos (tem origem na jurisprudência americana). O STF se posiciona no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (julgamento do HC 69.912-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 16.12.1993).

De acordo com MARINONI e ARENHART⁶¹, “a teoria da contaminação da prova derivada da ilícita, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, somente tem sentido quando a eliminação da segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais”.

a) derivação imediata (existência de nexo de causalidade): “a contaminação somente se refere às provas que efetivamente derivarem da prova ilícita. Aquelas outras provas que são independentes da prova ilícita não se tornam ilícitas pela sua simples presença no processo em que está a ‘prova ilícita’”⁶²;

b) prova que seria obtida de toda forma (descoberta inevitável, *inevitable discovery exception*): segundo MARINONI e ARENHART, “como também reconhece a jurisprudência norte-americana, a prova, ainda que derivada de outra ilícita, não se torna imprestável se for ela, inexoravelmente, atingida por meios lícitos” (*Manual*, p. 308).

MARINONI e ARENHART desdobram a hipótese “a” em duas diferentes hipóteses, o que parece desnecessário. Distinguem a “ausência de derivação imediata” do “descobrimento provavelmente independente (*hypothetical independent source rule*)”: “na exceção de descobrimento provavelmente independente, a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despidida de nexo causal com a prova ilícita. (...) nega-se a própria relação causal, de modo que, nessa situação, não há propriamente exceção à teoria da árvore venenosa, pois a segunda prova é lida como um fruto que com ela não se liga” (Comentários, p. 379). Trata-se de hipótese que, na verdade, complementa a anterior (derivação imediata): se não houver derivação imediata da prova, entende-se que ela não se contamina, por conta da *hypothetical independent source rule*. Assim, a exceção da descoberta independente deve ser utilizada sempre que entre a prova ilícita e a prova lícita não houver derivação imediata, é dizer, sempre que não houver nexo de causalidade.

3.4. Livre convencimento motivado. Sistemas de valoração das provas

a) critério positivo ou legal

As regras legais estabelecem os casos em que o juiz deve considerar provado, ou não, um fato; em que atribui, ou não, valor a uma testemunha; quando há prova

61. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, t. 1., p. 377.

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

plena ou semiplena. Há o tarifamento das provas, uma vez que cada prova tem como que tabelado o seu valor, do qual não há como o magistrado fugir. O juiz não passa de mero aplicador da norma, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas.

O sistema da prova legal desenvolveu-se no processo germânico, e tem marcados traços de superstição e religião (juízos de Deus, por exemplo).

A partir do iluminismo, o sistema da prova legal transformou-se: foi simplificado a partir da Era das codificações, perdendo as características de fenômeno cultural e doutrinário, ganhando feição normativa e “deixando de ser sistema para compreender apenas alguns meios de prova, com o que adquire força o princípio geral do livre convencimento”⁶³.

b) livre convicção

O juiz é soberanamente livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A consciência do juiz não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação. Esse sistema ainda sobrevive nos julgamentos do júri popular.

c) persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. Desenvolveu-se sob influência das ideias iluministas do século XVII. É o sistema seguido por nosso CPC (art. 131).

A liberdade na apreciação das provas está sujeita a certas regras quanto à convicção, que fica condicionada (e porque é condicionada, há de ser sempre motivada): a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo.

O princípio do contraditório e o duplo grau de jurisdição também servem como formas de controle da valoração judicial da prova.

No sistema do livre convencimento motivado, veda-se, na apreciação dos fatos, juízo de equidade: o magistrado “não pode considerar provados os fatos só

63. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159.

porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial, devendo isso sim basear-se em juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral”⁶⁴.

Embora o art. 131 do CPC adote, expressamente, o sistema da persuasão, é indiscutível a existência, entre nós, de regras legais de apreciação da prova, tanto no Código Civil como no CPC. Temos, na verdade, um sistema temperado, em que prevalece o livre convencimento motivado.

As normas que regulamentam legalmente o (des)valor de determinadas provas servem como técnicas desenvolvidas para combater/evitar arbitrariedades judiciais – decisões lastreadas em nenhuma ou qualquer prova, mesmo quando manifestamente inidôneas. Essas normas estão espalhadas pela legislação material e processual, e normalmente tratam de questões relacionadas à admissibilidade ou à valoração da prova. São resquícios⁶⁵ do sistema da prova legal, que tolhia sobremodo a valoração do material probatório pelo juiz, impondo aquilo que se convencionou chamar de tarifamento das provas⁶⁶.

Esse sistema de valoração, se não totalmente eliminado, foi bastante mitigado, ao menos se examinarmos a redação do art. 131 do CPC⁶⁷⁻⁶⁸. Não obstante a consagração do sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado) seja uma conquista histórica⁶⁹ – e a crítica que porventura se venha a fazer a opção legislativa –, não se pode negar a vigência de dispositivos legais que regulamentam a valoração da prova. Resta, assim, precisar-lhes a função: traçar parâmetros de valoração probatória para a atividade jurisdicional.

O magistrado deve levá-los em consideração, refutando-os apenas nos casos em que escancaradamente a sua aplicação resulte em manifesta injustiça ou impropriedade. Bem obtemperam MARINONI e ARENHART, quando analisam as regras legais da prova documental: “Importa lembrar, todavia, que, considerado o princípio da persuasão racional do juiz (art. 131 do CPC), é sempre possível ao juiz

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

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

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

67. Art. 131 do CPC: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

68. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 348.

69. Na vigência do sistema da prova legal, o juiz somente poderia decidir de acordo com aquilo que fora alegado e provado, por mais absurdo que pudesse parecer, na medida em que, preenchidos os pressupostos legais de determinada prova, nada mais ao magistrado era permitido fazer senão aceitá-la, atribuindo-lhe o valor previsto em lei.

afastar as regras apresentadas nesta subseção, desde que justifique, devidamente, a razão da inobservância das normas prescritas”.⁷⁰⁻⁷¹

É bom que deixemos claro: a existência de dispositivos legais relacionados à prova não impede a livre apreciação do material probatório pelo magistrado; apenas a direciona, estabelecendo parâmetros⁷². Pensar de modo contrário seria exumar um sistema de valoração que, em sua versão rigorosa, já há muito tempo fora banido das legislações modernas.⁷³ Temos, portanto, um sistema de valoração das provas de acordo com o livre convencimento do magistrado, balizado em alguns momentos pelo legislador,⁷⁴ como forma de evitar decisões arbitrárias, baseadas em interpretações bem pessoais do material probatório formado, bem como, e por isso mesmo, resguardar a segurança jurídica.⁷⁵

70. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. 2, p. 11.

71. “...fica claro que o systema das provas leaes não nutre a louca pretensão de fazer da verdade objectiva [da lei] e subjectiva [do juiz] duas inimigas inconciliáveis; pelo contrario, o que elle faz, com as sua regras e instrucções, é traçar o caminho mais seguro, por onde o juiz pôde chegar ao fim de pôr suas idéas sobre o objecto de seu exame em perfeita concordancia com o mesmo objecto...” (BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. 8 ed. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1935, p. 103).

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

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

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

75. Comentando o art. 359, I, CPC, JOSÉ PESTANA DE AGUIAR aborda o tema, apontando que se trata, este artigo, de resquício do sistema da prova legal, embora não o critique: “Poderá ser por isso alvo de críticas pela concessão que faz à prova legal. Em nosso entender, malgrado se possa aqui se pressupor uma tendência restritiva à livre apreciação, tornava-se de melhor conveniência essa mudança de posição. Se por um lado de

4. ACEPÇÕES DA PALAVRA “PROVA”

Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição⁷⁶.

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado⁷⁷: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação⁷⁸; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Sintetiza o tema EDUARDO CAMBI:

“Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).”⁷⁹

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

estabeleceram, a priori, rígidos valores para o comportamento da parte, por outro se veda o desprestígio do próprio Poder Judiciário, ao não submetê-lo ao talante de interpretações vaidosas de seus órgãos judicantes”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed. São Paulo: RT, 1977, v. 4, p. 176). Também vendo razões para determinadas valorações abstratas da prova pelo legislador: OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002, p. 282-288; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, cit., p. 91 e segs., com ampla fundamentação.

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

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

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

79. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

5. OBJETO DA PROVA

5.1. Observação preliminar

Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova (*thema probandum*). A doutrina mais moderna, porém, nega essa conclusão. Afirmam que “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”⁸⁰

5.2. Características do fato probando

Controvertido. Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Independentemente, ainda, de prova, os fatos intuitivos ou evidentes, assim como independentemente de prova os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal. *Exceções à regra:* embora não contestados, em dadas circunstâncias deve ser feita a prova dos fatos: a) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; b) quando a lide versar sobre direitos indisponíveis; c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.

Relevante. Devem ser provados apenas os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Os fatos por provar devem ser relevantes ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa; são excluídos da prova os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão da causa; “*frustra probatur quod probatum non relevat.*” São irrelevantes: a) fatos que, conquanto possíveis, são impossíveis de se provar, seja por disposição legal (alegados contra presunção *iuris et de iure*), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); b) fato físico ou juridicamente impossível: *impossibile allegans no auditur* (não se ouve a quem alega o impossível): p. ex., provar que um homem está grávido.

Determinado. Apresentados com características suficientes que os distingam de outros que se lhes assemelham. O fato deve ser identificado no tempo e no espaço. Dessa regra resulta que o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova.

80. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 58. Também assim, Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. João Baptista Machado (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005. t. 1, p. 142-143.

5.3. Fatos que independem de prova (art. 334, CPC)

De acordo com o art. 334 do CPC, independem de prova os fatos: (i) notórios; (ii) afirmados por uma e confessados pela outra parte; (iii) não contestados, ou admitidos no processo como incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Além disso, e embora não o diga expressamente, independem de prova os fatos impertinentes ou irrelevantes para o deslinde da causa, isto porque, como afirma ECHANDIA, se o fato não pode influir na decisão, a sua prova é claramente desnecessária – trata-se de aplicação do princípio da economia processual⁸¹.

Segundo JUAN MONTERO AROCA, consideram-se notórios aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial⁸². Para que se possa qualificar um fato como notório, não é necessário que a parte contra quem ele é alegado admita essa sua específica qualidade. O importante é que essa notoriedade se revele segundo a apreciação *do juiz*⁸³.

Os fatos notórios devem apresentar as seguintes características: *a)* a notoriedade é um conceito relativo: há fatos conhecidos apenas para os cristãos; há fatos conhecidos apenas em um país; assim, para que seja considerado notório, um fato não precisa ser conhecido por *todas* as pessoas; *b)* para ser notório, não precisa ser *necessariamente* conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser: o juiz pode ignorar que a colheita do café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório; dessa forma, pode-se dizer que é notório o fato *conhecido* ou que, de acordo com a cultura média do homem, *poderia* ser conhecido; *c)* para ser notório, não se precisa ter com ele uma relação direta: todos sabemos que no dia 07 de setembro de 1822 houve o grito do Ipiranga, sem que tivéssemos estado lá.

O fato notório compõe o substrato fático da causa, e deve ser levado em consideração pelo magistrado, no momento de proferir a sua decisão.

“Cuida-se de *fato da causa* pertencente ao mundo natural (o devedor obrigou-se a pagar quando se concluiu a colheita de milho no lugar do pagamento; o prazo para a conclusão de certa obra é o dia do solstício de inverno) ou cultural (o traje

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

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

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

de cerimônia encomendado ao alfaiate deve ser entregue dois dias antes da posse do Presidente eleito da República; o conjunto musical contratado para certo evento obrigou-se a apresentar repertório típico da região) cujo conhecimento é suficientemente difundido no círculo social a que pertence o juiz, ou acessível, independentemente de formação especializada, pelo menos aos membros desse mesmo grupo medianamente informados sobre a geografia, a cultura, os costumes, o dia-a-dia da comunidade considerada”⁸⁴.

Uma coisa é a afirmação do fato, outra é a afirmação da sua notoriedade. Salvo em circunstâncias específicas (p. ex., quanto aos fatos supervenientes de que trata o art. 462, CPC), o juiz não pode conhecer de ofício as questões de fato. No entanto, uma vez afirmado um fato por uma das partes, a sua *notoriedade* pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, caso em que dispensará a prova da veracidade da afirmação do próprio fato⁸⁵. Além disso, afirmada a notoriedade por uma parte, e tendo silenciado a outra a respeito, o fato *notoriedade* torna-se incontroverso, dispensando a produção da prova.

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

Quanto aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, há um equívoco do legislador em dizer que eles independem de prova. Na verdade, a própria confissão, conforme se verá mais adiante, é um meio de prova. Assim, mais correto seria dizer que, quando confessados, os fatos independem de *outro* meio de prova. Quanto aos fatos não contestados ou admitidos no processo como incontroversos, eles independem de prova justamente porque sobre eles não paira controvérsia e, como se viu, uma das principais características do fato probando para que sobre ele recaia a atividade probatória é a de que seja controvertido. Também como se viu no item anterior, há casos, no entanto, em que, mesmo sendo incontroverso, é possível que sobre o fato se opere a atividade probatória.

Por último, independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Conforme se verá mais adiante, em item próprio, o legislador se antecipa às partes e faz presumir a existência de determinados fatos – p. ex., no art. 1.597 do CC, há presunção da filiação quanto à criança nascida nos 180 dias após o início da convivência conjugal ou nos 300 dias após o seu fim; no art. 324 do CC há presunção de pagamento do título quando este

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

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

foi entregue ao devedor; no art. 8º do CC, há presunção de simultaneidade da morte quanto aos indivíduos falecidos numa mesma ocasião etc. Nesses casos, aquele que alega a ocorrência de algum desses fatos está dispensado de prová-lo. Quando a presunção legal for *iuris tantum*, poderá a parte contrária produzir prova de que a afirmação é falsa; na presunção absoluta, não é permitido sequer discutir a ocorrência do fato presumido.

5.4. Prova do direito

Ninguém pode escusar-se a cumprir a lei sob a alegação de ignorá-la (*nemo ius ignorare censetur*), de acordo com o art. 3º da LIDB. Não pode o juiz, da mesma forma, se eximir de julgar, ao fundamento de que desconhece a lei aplicável, ou por ela ser omissa, obscura ou indecisa (art. 126, CPC). Regras de direito independem de prova (*iura novit curia*). O fato da existência do direito objetivo não pode ser ignorado, notadamente pelo juiz.

Excepciona-se essa regra quando a parte invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337, CPC), e o juiz, desconhecendo a existência dessas regras jurídicas, determinar a produção da prova. Considerações gerais: a) deverá provar o seu teor e a sua vigência; b) o ônus da prova é de quem o alega.

5.5. Prova de fato ocorrido no estrangeiro

Diz-se que a prova de fato ocorrido no estrangeiro será regida pela lei que naquele estado vigorar, quanto ao ônus e aos meios de se produzir, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça (art. 13, LIDB).

Mas esse dispositivo legal merece leitura crítica, afinal nosso sistema admite provas atípicas e, portanto, que “a lei brasileira desconheça”. Na verdade, só não serão aceitáveis as provas que “a lei brasileira desconheça” (atípicas) quando obtidas por meio ilícito (art. 5º, LV1, CF, e art. 332, CPC).

6. MEIOS E FONTES DE PROVA

6.1. Generalidades

A prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios. Na prova judiciária os meios precisam ser juridicamente idôneos (art. 332, CPC).

Distinguem-se os *meios* das *fontes* de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos⁸⁶. Os meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”⁸⁷.

“De onde podem partir essas pontes? À evidência, de tudo quanto seja acessível aos comuns sentidos humanos... Logo, os pontos de partida concebíveis são: outras pessoas, coisas e fenômenos naturais (sucessão de dias e noites, precipitações atmosféricas, modificações do solo ou da paisagem devidas a movimentos tectônicos e assim por diante) ou artificialmente provocados (v.g., uma reação química em laboratório)”⁸⁸.

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

“Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamados os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que não se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta *meio de prova* a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e *fonte de prova* ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade”⁸⁹.

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

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

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

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

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

que apenas indiretamente apontam para a possível ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando); exemplo disso são os indícios⁹⁰.

A existência das fontes de prova em sentido estrito e das fontes de presunção (indícios) se averigua por procedimentos idênticos e são trazidos a juízo pelos mesmos meios. E há quem aponte como diferença entre eles o seu valor, pois: uma só fonte de prova pode ser suficiente para ter-se por verdadeira uma afirmação de fato; mas um só indício não será, porquanto tenham que ser vários, precisos, graves e harmônicos os sinais e vestígios que apontem para a veracidade da alegação.⁹¹ Essa distinção não parece, contudo, razoável. Trata-se de velha tentativa de equiparar a prova indiciária à prova testemunhal (há um célebre e superado adágio latino: *testis unus, testis nullus*; assim, então, “um indício, nenhum indício”). O art. 230 do Código Civil Brasileiro também carrega consigo esse resquício histórico (sobre o tema, ver item a ele dedicado na parte sobre presunção judicial, ainda neste capítulo do *Curso*). São regras de prova legal atualmente incompatíveis com o sistema da persuasão racional adota pela nossa legislação (art. 131 do CPC). É perfeitamente possível que um só indício permita que o juiz conclua, fundamentadamente, pela ocorrência do fato probando, como, aliás, se reconhece na chamada prova *prima facie*, também examinada neste capítulo.

Aderindo a essa noção, ECHANDIA faz um alerta no sentido de que não se pode confundir o objeto e a fonte de prova judicial: aquele é o fato que se prova, este é o que serve para prová-lo. Continua, afirmando que quando um fato conduz à prova de outro, o primeiro é fonte e o segundo, seu objeto⁹². Já SANTIAGO SENTIS MELENDO, partindo da noção estabelecida por CARNELUTTI, extrai uma importante consequência prática dessa divisão, na medida em que conclui que não seria absurdo atribuir ao direito material a regulamentação das fontes de prova e ao direito processual, a dos meios de prova⁹³.

6.2. Liberdade dos meios de prova. Meios típicos e atípicos

Os fatos podem ser evidenciados por qualquer meio de prova, ainda que não previsto na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 332, CPC). Assim, ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa

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

91. É o que assevera Roland Arazi à luz da legislação argentina (ARAZI, Roland. *Los Principios Procesales e la Prueba*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996, p. 33 e 34).

92. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, t. 1, p. 269.

93. MELENDO, Santiago Sentis. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1967, v. 1, p. 598.

previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

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

O art. 212 do CC-2002, repetindo formulação tradicional (art. 136, CC-1916), tipifica e enumera os meios de que se pode valer o interessado para a prova dos fatos jurídicos, adotando uma redação mais simples: *a)* exames, vistorias e arbitramento foram reunidos no gênero “perícia” – aliás como já fizera o CPC-73 no art. 420, que se refere à avaliação em vez de ao arbitramento; *b)* “atos processados em juízo” e os “documentos públicos ou particulares” foram todos reunidos no gênero “documento”, muito mais simples e correto (os atos processados em juízo transformam-se em termos ou autos – plural de auto, documento de ato processual praticado fora da sede do juízo –, que nada mais são do que documentos).

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

De um lado, sem qualquer critério, o legislador estabelece um rol de institutos de naturezas jurídicas diversas: fonte de prova (testemunha e documento), meio de prova (confissão e perícia) e presunção (que não é uma coisa nem outra: conclusão de raciocínio).⁹⁴

De outro, diante dos comandos dos arts. 130 e 332 do CPC, que demonstram a evolução do nosso direito em tema de produção de provas em juízo, é plenamente possível a utilização de outros meios de prova, além daqueles previstos no Código Civil, para a elucidação dos fatos em juízo. Admitem-se as chamadas provas atípicas.⁹⁵ Não se cogita, por isso, de nenhuma repercussão, no particular, do Código Civil na legislação processual.

Ademais, como visto, embora o texto do *caput* do art. 212 do CC-2002 fale em prova dos “fatos jurídicos”, é plenamente admissível a prova de *fatos simples*.

São meios de prova atípicos, por exemplo, a prova estatística, a prova por amostragem⁹⁶ (sobre o tema, ver item abaixo), a prova cibernética, a reconstituição de fatos e a prova emprestada. São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca “a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”.⁹⁷ E a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobretudo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

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

95. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 149.

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

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

É importante dizer que “uma prova que não pode ser utilizada como típica porque na sua formação violou uma norma (ou porque na sua produção vai violá-la), certamente não pode ser admitida como prova atípica, sob pena de estar servindo para encobrir a desconsideração de uma regra”.⁹⁸ Tanto as provas típicas como as atípicas devem ser lícitas e moralmente legítimas, dispõe o art. 332, CPC. Vigê o princípio da liberdade da prova, que, como toda regra, comporta exceções, que são as provas ilícitas – vedadas pelo nosso ordenamento.

7. PROVA EMPRESTADA

7.1. Conceito

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele. A prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental. “A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram”.⁹⁹

É instituto que garante economia processual. Permite que, com o mínimo da atividade processual, seja alcançado o maior resultado possível, vez que a parte pode valer-se de prova já produzida em outro processo, sem a necessidade de reproduzi-la.¹⁰⁰

As grandes questões em torno da utilização da prova emprestada são: a) garantir a aplicação do princípio do contraditório; b) prestigiar a imediatidade entre o magistrado que examinará a prova e a produção da prova.

7.2. Eficácia

Não há problema na utilização, por empréstimo, de provas preconstituídas ou documentais, pois essas, originais ou emprestadas, valem, igualmente, em qualquer juízo em que forem apresentadas. O problema da prova emprestada refere-se, mormente, às provas produzidas no curso do processo (provas casuais), sem que tenham sido intencionalmente constituídas e preparadas para a demonstração dos fatos ali deduzidos pelos litigantes.

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

99. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 91, p. 93.

100. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

Parte da doutrina considera ineficazes as provas orais emprestadas de acordo com o sistema do CPC, tendo em vista a regra da identidade física do juiz prevista no art. 132 do CPC.. Não é bem assim; é possível o empréstimo de prova oral se, respeitado o princípio do contraditório, a prova não mais puder ser produzida (a testemunha morreu, por exemplo).¹⁰¹

Em relação à prova pericial, não há discussão: é plenamente admissível a importação da prova alhures produzida.

A doutrina sintetiza as regras na utilização da prova emprestada: *a) a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que trouxe consigo; b) a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; c) a eficácia da prova emprestada equivale à da produzida mediante precatória; d) no processo para o qual será ela transportada, terão de ser observadas as normas atinentes à prova documental; e) é imprescindível que a parte contra a qual vai ser usada esta prova tenha sido parte no primeiro processo.*

“Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desflorece. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária, que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v. g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa”.¹⁰²

Vejamos algumas situações.

Importação de prova que fora produzida entre as mesmas partes: guarda a prova, em princípio, a sua eficácia inicial, desde que preencha os seguintes requisitos: *a) tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes, como respeito à garantia do contraditório; b) que tenham sido observadas, para a sua produção, as formalidades legais; c) que o fato probando seja idêntico.*

101. Eduardo Cambi mitiga a regra da identidade física do juiz (“o juiz das provas deve ser o juiz da sentença”) que, a seu ver, não é absoluta e não deve impedir o traslado de provas, em nome da economia e do acesso à justiça. Encontra-se flexibilização deste entendimento na obra de LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: Conciliação. Saneamento. Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 263. (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 55 e 56).

102. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”, cit., p. 97. Também exigindo participação em contraditório daquele contra quem a prova é utilizada, LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: Conciliação. Saneamento. Prova e Julgamento*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 263-264. Simplesmente exigindo contraditório, BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. “Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: prova, testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada”. In: Danilo Knijnik. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66.

Importação de prova que fora produzida entre uma das partes e terceiro: a) prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior: não terá ela eficácia em relação à parte contrária, que não participou de sua produção; b) prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior: nesta hipótese, conserva ela eficácia probatória.

Importação de prova que fora produzida em processo envolvendo terceiros. Penso que não há problema na importação, porque ambas as partes estariam na mesma situação e o contraditório seria implementado no processo em que a prova emprestada fosse utilizada.

7.3. Outras questões

E se a prova fora produzida por juízo incompetente? Se a prova for utilizada para a mesma causa, guardará a eficácia inicial, pois os atos probatórios não são nulos. Se for aproveitada em outro processo, há controvérsias: não pode ser aproveitada, segundo AMARAL SANTOS; entendemos, entretanto, que possa ser aproveitada, dando-lhe o juiz da causa o valor que entender cabível.¹⁰³

É possível a importação de prova produzida em juízo criminal, arbitral e, até mesmo, em processo administrativo.¹⁰⁴ Também é possível a importação de prova produzida no estrangeiro. Pode o juiz, *ex officio*, determinar o empréstimo da prova, valendo-se do seu poder instrutório.¹⁰⁵

Prova produzida em segredo de justiça. EDUARDO TALAMINI resolve a questão: a) o terceiro não pode pedir o empréstimo da prova produzida em processo em que houve segredo de justiça; b) “as partes do processo que tramita sob segredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo da prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue – quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório”.¹⁰⁶ É possível, porém, a importação da prova, em tais casos, para um processo que envolva as mesmas partes – não poderá, por exemplo, se no processo importador houver assistente ou litisconsorte estranho ao processo de onde se importa a prova.

Empréstimo de interceptação telefônica feita em determinado processo penal. Há controvérsias. TALAMINI não admite a importação em qualquer hipótese, pois o regime jurídico da interceptação telefônica a restringe ao processo penal e apenas para a prova dos fatos delimitados no momento de requerer a produção de tal

103. Admitindo-a amplamente, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 60.

104. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 57.

105. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”, cit., p. 107.

106. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”, cit., p. 107.

prova.¹⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, porém, a admite; a sua lição merece transcrição literal: a) “sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não fariamos sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar um cofre já aberto”; b) a sentença penal é título executivo judicial no âmbito cível e o devedor-executado não poderá formular qualquer objeção no sentido de que a sentença se fundara em interceptação telefônica, que não pode ter eficácia no juízo cível (a eficácia preclusiva da coisa julgada impediria essa conduta).¹⁰⁸

A prova emprestada não tem *eficácia vinculante*. O magistrado que admitir a importação da prova tem ampla liberdade para avaliá-la, podendo lhe atribuir valor diverso daquele dado pelo juiz do processo originário – desde que por decisão motivada (art. 131, CPC). A prova emprestada deve ser analisada pelo juiz dentro de todo o conjunto probatório, como um dado a mais. E se for frágil e inapta a convencer o magistrado acerca da ocorrência/inocorrência do fato deve ser objeto de valoração negativa – sobretudo se for a única prova disponível.¹⁰⁹

8. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA, INDÍCIOS E PRESUNÇÕES

8.1. As máximas da experiência

Máximas da experiência são as noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro – possuem as características da generalidade e abstração¹¹⁰.

O juiz, como homem culto, no decidir e aplicar o direito, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Segundo FRIEDRICH STEIN, essas noções são chamadas de máximas da experiência; juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média¹¹¹.

107. TALAMINI, Eduardo. “A prova emprestada no processo civil ou penal”, cit., p. 108.

108. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”. *Temas de direito processual – sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 120-121. Também assim, NELSON NERY JR.: “Entretanto, entendemos ser admissível a produção da prova obtida lícitamente (porque autorizada pela CF) para investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil”. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: RT, 2004, p. 203).

109. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 61.

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

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

Eis o conceito clássico: “Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se apreciam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros novos casos”¹¹².

As máximas da experiência são o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece, podendo formular-se em abstrato por todo aquele de nível mental médio. São regras formuladas pelo método indutivo (particular para o geral). A Lei dos Juizados Especiais Cíveis trata expressamente das chamadas regras da experiência, autorizando o magistrado a levá-las em consideração no momento da apreciação das provas (art. 5º, Lei Federal n. 9.099/1995). O CPC as prevê no art. 335, que se inspirou no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano¹¹³. São exemplos: a) em águas estagnadas proliferam mosquitos; b) é de nove meses (dez luas) o período de gestação da mulher; c) as praias são mais frequentadas aos fins de semana etc.

“Sob a etiqueta de ‘regras de experiência’, na verdade, costumam reunir-se proposições muito diversas. Tamanha é a diversidade, que se torna difícil estabelecer uma tipologia abrangente. Costumam ser enfiadas *pêle-mêle* nesse escaninho desde proposições que têm sólido fundamento científico (o calor dilata os corpos metálicos; a água corre naturalmente do plano superior para o inferior; a gestação do ser humano dura em média 267 dias) ou que expressam um dos chamados princípios fundamentais da razão especulativa (nada pode ser e não ser ao mesmo tempo; tudo que acontece tem uma causa), até simples juízos mais ou menos generalizados em certos meios, com apoio no denominado ‘senso comum’, ou a rigor em meros preconceitos sem base empírica (as pessoas desta ou daquela nacionalidade ou etnia têm maior propensão para envolver-se em negócios ilícitos; as testemunhas do sexo masculino merecem mais crédito que as do sexo feminino). Ao longo desse amplo espectro acham lugar verdades matemáticas (a soma dos ângulos internos do triângulo é igual a 180º), sentenças relativas às artes (o movimento impressionista teve início na segunda metade do século XIX), a atividades profissionais (os militares em serviço vestem uniforme), a costumes negociais (ninguém exige recibo do pagamento da passagem de ônibus), sociais (o uso da gravata é obrigatório para os homens em cerimônias oficiais), religiosos (os muçulmanos não comem carne suína), culturais (a linguagem empregada em ocasiões informais é menos atenta que a de trabalhos acadêmicos às regras gramaticais), ou observáveis no cotidiano ‘ordinário’ (a frequência às praias da Zona Sul do Rio de Janeiro aumenta muito nas manhãs ensolaradas dos domingos de verão)”¹¹⁴.

112. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, cit., p. 27.

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

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

Distinguem-se as máximas da experiência dos fatos notórios. Esses são fatos que ocorreram, e de cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz¹¹⁵. Regra da experiência e fato notório compõem, porém, um gênero: o “saber privado do juiz”¹¹⁶.

As máximas da experiência exercem as seguintes funções no processo: a) *apuração dos fatos*, a partir dos indícios; b) *valoração da prova*, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) *aplicação dos enunciados normativos*, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo¹¹⁷); d) *limite ao livre convencimento motivado*: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência.

O art. 335 do CPC está assim redigido: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Convém tecer algumas considerações.

a) Quando a lei menciona “em falta de normas jurídicas particulares”, significa que “se não incidem regras *legais* específicas sobre indícios e presunções aplicáveis ao caso concreto, as da experiência comum serão tomadas em conta na avaliação da prova ou mais diretamente no próprio convencimento do juiz quanto aos fatos”¹¹⁸.

É o que acontece quando há *presunção legal*, “que constituem, em sua origem, dados da experiência comum, que, por serem particularmente convincentes e comprovadas no plano empírico, foram promovidas à categoria de verdades *legalmente* presumidas. (...) Quando uma daquelas está presente, resulta alfastada

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

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

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

118. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”, cit., p. 6.

a incidência do artigo: dispensa-se o juiz de uma elaboração mental da regra, porque ela já subiu à categoria de lei”¹¹⁹.

b) Distinguem-se as regras da experiência *comum*, induzidas a partir da observação do cotidiano (p. ex: em determinado local da cidade, a partir de determinado horário, há engarrafamentos constantes), de regras da experiência *técnica*, que são conhecimentos técnicos de acesso generalizado (“vulgarizados”), como, por exemplo, o período de gestação da mulher e a *lei da gravidade*. As *regras da experiência técnicas* devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do magistrado, que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em engenharia, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia.

8.2. Presunções e indícios

8.2.1. Indício

Um fato conhecido, como causa ou efeito de outro, está a indicar este outro, de algum modo. Dada a existência deste fato conhecido, certo é que outro existiu ou existe, com grandes chances de este fato desconhecido ser o que se pretende conhecer e provar. O conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato.¹²⁰

Indício é este fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito.¹²¹ “É o fato ou parte de fato certo, que se liga a outro fato que se tem de provar, ou a fato que, provado, dá ao indício valor relevante na convicção do juiz, como homem”.¹²² Perceba que, por si só, o indício não tem qualquer valor. No entanto, como causa ou efeito de outro fato, suscita o indício uma operação por via da qual poder-se-á chegar ao conhecimento desse outro. “O indício ‘indica’, portanto liga-se ao étimo de ‘dedo’”¹²³.

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. (art. 239, Código de Processo Penal).

119. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”, cit., p. 7.

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

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

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

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

“O indício pode estar na prova testemunhal, no documento, na coisa, na confissão extrajudicial, na carta, no próprio sorriso da parte ou da testemunha. ● chamado começo de prova por escrito é indício. É o indício que autoriza o juiz a ouvir as pessoas referidas.”¹²⁴

Trata-se de mecanismo útil para a prova de fatos de difícil verificação ou ocorrência, bem como para a prova de fatos futuros, como no caso das demandas preventivas. Ações preventivas e ações de reparação por dano moral servem de exemplo.

8.2.2. Presunção

A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. Trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso. Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar. “Presumir, *prae, sumere*, é ter por *sido* alguma coisa, antes de ser provada, de ser percebida. Antes de se sentir, de se perceber, põe-se a existência da coisa. (...) Tudo se passa no pensamento como atitude subjetiva; e não no real”¹²⁵.

O art. 212 do CC refere-se à presunção como meio de prova. A presunção, porém, não é meio de prova. “À presunção judicial é que jamais se há de reconhecer lugar entre os meios de prova, porque o seu papel não é de modo algum instrumental em relação ao estabelecimento dos fatos: o fato presumido, com efeito, não vai servir ao juiz, ainda uma vez, de trampolim para o conhecimento de outro fato. Não se observa, aqui, a função ambivalente do indício: o fato presumido corresponde a um conhecimento adquirido, e basta”¹²⁶.

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

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

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

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

dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova: o que se adquire é um novo conhecimento, coisa bem diferente”.¹²⁷

Se se quiser salvar a dicção normativa, pode-se dizer que o legislador autorizou expressamente a prova indiciária. É que, em sentido lato, pode-se afirmar que o indício é um meio de prova, já que a partir dele se elabora a presunção judicial¹²⁸.

Notável a explicação de BARBOSA MOREIRA: “O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. (...)”

Em todo caso, se se quiser dar à expressão meios de prova sentido amplo, a abranger todos os elementos que desempenham, no descobrimento da verdade pelo juiz, papel instrumental, não haverá maior inconveniente em catalogar entre aqueles meios o indício, desde que não se perca de vista a diferença notável que existe entre a maneira por que funciona esse e a maneira por que funcionam os instrumentos”.¹²⁹

Quando o legislador se refere à presunção, na verdade está a referir-se ao indício. Confunde-se indício com presunção, aliás como fazia o direito canônico¹³⁰ – é vício legislativo secular. Frise-se: o CPC-73, corretamente, não regulou a presunção. A razão é simples. Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento: ou que invertem o ônus da prova (admitem prova em contrário; presunções legais relativas) ou que tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido (presunções legais absolutas). Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar¹³¹. “Se, para transformarmos as presunções em meios de prova, ou em motivos de prova, chamamos presunções aos fatos de que se tiram as presunções,

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

128. Pode-se usar a expressão de CARNELUTTI, que se referia a fonte de presunção (na verdade, indício; exatamente o que quer dizer o CC-2002): “...e chamam fontes de presunção os fatos que servem para a dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste”. (*Prova civil*. 2 ed. Bookseller: Campinas, 2002, p. 120).

129. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, cit., p. 59.

130. Conferir, a propósito, lúcida crítica de PONTES DE MIRANDA ao art. 136 do CC-1916, que fora praticamente reproduzido pelo CC-2002. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 326.)

131. A diferença entre presunção legal e presunção judicial está exatamente na circunstância de que a correlação entre o indício e o fato probando (o fato conhecido e o desconhecido) é feita pelo legislador, na primeira, e deixada ao órgão judicial, na segunda. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”, cit., p. 60). Ver, também, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no civil e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 5, p. 416 e segs.

então trocamos o subjetivo em objetivo, o que é lamentável em direito e em qualquer ciência: os dados são indícios. Confundir indícios e presunções é retomar no que tanto se exprobrara ao direito canônico”¹³².

Há uma relação lógica entre o fato conhecido (indício) e o fato que se quer provar. Essa relação permite que se faça um silogismo.

Premissa maior: verdade mais geral; conceito geral a que se chega pela experiência. A mancha de batom é sinal quase inequívoco de que houve algum encontro. Trata-se de um produto de conhecimentos gerais, aceitos sob a forma de experiência, seja em razão de um princípio científico.

Premissa menor: fato conhecido; fato base; fato auxiliar. O indício. É preciso que haja certa relação entre o fato geral e o fato base. Essa relação pode dar-se de duas formas: a) *constante*: o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares. Ex.: todos os homens são mortais; João é homem, logo, mortal. A relação entre os fatos é regida por uma lei natural, sendo impossível que as coisas ocorram de maneira diferente, sendo uma certeza absoluta – aqui não há presunção, mas certeza. De tal conclusão resulta a evidência; b) *ordinária*: o que se apresenta como verdadeiro em quase todos os casos particulares. Aqui, não há evidência, mas mera verossimilhança. Dado que um fato exista, em face do que comumente acontece, também existirá o fato que se deseja provar. A base do silogismo é uma regra estabelecida segundo o que ordinariamente acontece. Surge a presunção.

8.2.3. Classificação das presunções

8.2.3.1. Simples, comuns, “de homem” ou “hominis”

A presunção judicial resulta do raciocínio do juiz, que a estabelece. Forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção. Há necessidade de o indício (fato-base) estar provado: “...a sistemática de ‘produção’ das presunções em juízo não difere, em nada, da produção de qualquer prova: será necessário produzir-se uma prova, com a ressalva de que essa prova não incidirá sobre os fatos da causa, mas sobre fato externo a esta, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico.”¹³³

AMARAL SANTOS pontua que a importância das presunções simples se apresenta quando se pretende provar estados do espírito – a ciência ou a ignorância de certo fato, a boa-fé, a má-fé etc. – e especialmente as intenções, nem sempre claras e

132. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 5, p. 326.

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

não raramente suspeitas. Este processo mental é desenvolvido pelo magistrado, sem qualquer intervenção do legislador. “As presunções simples, por sua própria natureza, valem pelo poder de convicção que infundem ao juiz. Mais do que qualquer outra prova, não são suscetíveis de regras legais que meçam ou avaliem a sua eficácia. Resultado do raciocínio do juiz, a este e a mais ninguém cabe estimá-las e conforme o seu poder de convencer tal o valor que o juiz lhes conferirá”.¹³⁴

O art. 230 do CC-2002, inovação sem precedente próximo em nosso direito – tanto o CC-1916 como o CPC-73 não reproduzem o dispositivo –, é regra de prova legal, que atribui às presunções judiciais o mesmo regramento da prova testemunhal. Por exemplo: quando não for possível prova exclusivamente testemunhal, também não será possível decisão fundada em presunção judicial. O que se pretende reger é a prova indiciária, equiparando-a à prova testemunhal: o indício, sim, como já visto, pode ser encarado como meio de prova. Encampa-se, então, concepção antiga¹³⁵⁻¹³⁶ que relaciona os indícios às testemunhas. A norma é reproduzida em alguns códigos estrangeiros.¹³⁷ Pois não andou bem o legislador civilista, ao reproduzir regra tão antiga e equivocada. PONTES DE MIRANDA, ao comentar o art. 188 do regulamento 737 de 1850, apontava: “Primeiro, porque o enunciado não era verdadeiro, – havia presunções comuns de que se valiam os juízes ainda que a prova testemunhal sozinha não fosse admitida. Segundo, o art. 188 apenas valia como se o legislador houvesse escrito: ‘O juiz pode induzir nos mesmos casos em que pode usar a prova testemunhal’. Claro que é supérflua a regra de lei que autorize o juiz a... pensar”.¹³⁸

8.2.3.2. Legais

As presunções legais são aquelas que resultam do raciocínio do legislador, que as consagra em textos legais. São aquelas atribuídas, pela lei, à prova de certos

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

135. Regulamento 737/1850, art. 188: “As presunções comuns são admissíveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal”. Também assim o Projeto do CPC do Distrito Federal, na época em que se dividia a competência para a legislação processual (arts. 146 e segs.) (ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Civil do Estado da Bahia Anotado*, p. 548).

136. O Código de Processo Civil baiano, de 1915, corretamente, e um avanço para a época, não repetiu a regra do Reg. 737: “Art. 242. A presunção comum é deduzida pelo juiz, de acordo com a sua convicção, do conjunto de provas e alegações, tendo em vista as regras de direito e o curso normal dos acontecimentos da vida social”.

137. Art. 2729 do Código Civil italiano: “Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni (1350, 2721, 2722)”. Com redação melhor do que a nossa, o Código Civil português: “Art. 351. As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”.

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

atos ou fatos. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, estas presunções sacrificam o que menos acontece ao que mais acontece, ou porque não se pode saber se ocorreu aquilo ou isso, ou porque se precisa adotar um critério único.

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

Podem ser absolutas, peremptórias ou “*iuris et de iure*”: as presunções legais que não admitem prova em contrário. A conclusão extraída pela lei é havida como verdade indisputável. A presunção, ao ser elaborada, exauriu todo o elemento probatório. As presunções absolutas existem ou porque se entende maior a probabilidade de que as coisas se hajam passado de certa maneira, ou porque se leva em conta a particular dificuldade que se encontraria em demonstrar que elas assim realmente se passaram¹³⁹⁻¹⁴⁰. São exemplos de presunção absoluta: a) presunção de conhecimento do terceiro sobre a penhora de imóvel que fora transcrita na matrícula do bem (art. 659, § 4º, CPC); b) as causas de impedimento do juiz (art. 134 do CPC) implicam presunção absoluta de parcialidade; c) há presunção absoluta de que um cônjuge autorizou o outro a contrair dívidas para a economia doméstica (art. 1.643 do CC-2002); d) presunção de existência de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra decisão que contraria enunciado de súmula ou jurisprudência dominante do STF (§ 3º do art. 543-A do CPC).

A presunção absoluta nada tem a ver com a prova. Explica o tema, impecavelmente, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “quando a lei consagra uma presunção absoluta (...) o que na verdade faz é tornar *irrelevante*, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático. Se não existisse a presunção, seria indispensável, para que se produzisse o efeito, o concurso de *x, y e z*; estabelecendo uma presunção absoluta em relação a *z*, a lei faz depender a produção do efeito *somente* do concurso de *x e y*. (...) A rigor, a existência ou inexistência de *z* fica fora do *thema probandum*, como fora dele fica a prova de todo e qualquer fato irrelevante: no processo, não devem praticar-se atos inúteis”¹⁴¹.

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

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

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

É preciso distinguir, ainda, as *presunções absolutas* das *ficções jurídicas*: “... enquanto a presunção *iuris et de iure* encontra uma de suas possíveis (e mais frequentes) explicações na grande verossimilhança do fato presumido, a ficção implica, muito ao contrário, não só que o legislador se abstenha de ver o fato como provavelmente ocorrido, mas que se ache até consciente de que a verdade é o oposto. quer dizer, admita que o fato não se haja verificado – para em seguida, apesar disso, determinar que se produzam os mesmos efeitos que se produziriam se o fato fosse verdadeiro. (...) são semelhantes os resultados práticos que o legislador consegue, recorrendo a um ou a outro expediente técnico. Em última análise, a distinção tem apenas valor teórico”¹⁴².

Podem ser *condicionais, relativas, disputáveis ou “iuris tantum”*: as que a lei estabelece como verdade até prova em contrário. O fato é havido como ocorrido, até que se prove o contrário. “Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato contrário”¹⁴³.

São exemplos de *presunção relativa*: *a)* a presunção de necessidade que decorre da declaração da parte de que não pode arcar com as despesas processuais (art. 4º da Lei Federal n. 1.060/1950); *b)* a presunção de propriedade que decorre do registro imobiliário; *c)* a construção e a plantação feita em um terreno presume-se, até prova em contrário, feita pelo proprietário e à sua custa (art. 1.253 do CC-2002); *d)* os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, no regime da participação final nos aquestos (art. 1.674, par. ún., CC-2002); *e)* “quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores” (art. 322 do CC-2002) etc.

Podem ser *mistas ou intermédias*: aquelas contra as quais não se admitem quaisquer provas, mas apenas as referidas e previstas na própria lei. A lei, no particular, só permite que se elida a presunção por meio de tal ou qual meio de prova. Um exemplo está no art. 1.604 do CC-2002: “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade”.

As presunções judiciais ou são feitas pelo juiz ou não o são, e, se o juiz as fizer, não se poderá dizer que elas são absolutas ou relativas. A divisão absoluta/relativa é exclusiva das *presunções legais*.

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

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

8.3. A recusa da parte a submeter-se a exame médico: o art. 232 do Código Civil, o par. ún. do art. 2º-A da Lei n. 8.560/1992, o enunciado n. 301 da súmula da jurisprudência predominante do STJ e as ações de investigação de paternidade/maternidade e de investigação de ascendência genética

O art. 232 do Código Civil tem a seguinte redação: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. Como se pode notar, esse artigo não estabelece uma presunção legal¹⁴⁴, pois apenas autoriza o magistrado a tomar a recusa como indício¹⁴⁵. O artigo não tem muita utilidade¹⁴⁶, pois, de nada adianta o legislador “regrar” a presunção judicial, que é raciocínio do juiz¹⁴⁷. De todo modo, quando o órgão judicial, *ex officio* ou a requerimento do interessado, determinar a realização do exame médico, deve acrescentar, à intimação, a advertência de que a recusa poderá ser tomada como um indício suficiente para que se profira uma decisão que lhe seja desfavorável¹⁴⁸.

O legislador civil ratificou entendimento jurisprudencial já consolidado (v. p. ex., STF, HC n. 71.373), que permitia ao magistrado tomar a recusa a submeter-se ao exame como indício de que o fato que se queria provar com o exame realmente aconteceu. Essa opção é correta, pois torna desnecessária qualquer discussão sobre

144. Considerando que o art. 232 estabelece uma presunção legal, GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, v. I, p. 456.

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

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

147. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 326. Inclusive porque o raciocínio do juiz pode adotar rumos distintos e inesperados, a depender da atuação da parte: “É permitido que, para ‘imunizar’ (ou pelo menos afastar) os efeitos do art. 232 do CC, a parte venha a demonstrar a impossibilidade de possuir vínculo genético com o reclamante. Poderá apresentar prova médica que informe, em exemplo, a impossibilidade de procriação permanente ou de outra banda, mesmo que momentânea, que será aferida com outros elementos dos autos, tais como as datas e fatos que circundam a própria fecundação. Por outro lado, ainda que sem óbice físico para gerar uma vida, poderá o réu apresentar prova de que se encontrava em situação e local que seriam incompatíveis com a versão narrada na inicial. Nestas situações, *a priori*, a postura do réu poderá resultar na consequência endoprocessual de inversão do ônus da prova, caso se recepcionem os fatos trazidos na exordial como convincentes, pois não podemos nos esquecer, de modo algum, o resultado que a *presunção judicial* em debate irá alcançar, alterando um dado ligado intimamente ao direito de personalidade, razão pelo qual todos os cuidados se fazem necessários”. (MAZZEI, Rodrigo. “Algumas notas sobre o (‘dispensável’) art. 232 do CC”. In: Daniel Amorim Assumpção Neves. *Provas: Aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 316-317).

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

a obrigatoriedade de comparecimento da parte para a realização do exame: se não comparecer, presume-se, e está resolvida a questão¹⁴⁹.

A Lei n. 12.004/2009 acrescentou o art. 2º-A à Lei n. 8.560/1992. Esse novo dispositivo cuida da produção de provas na ação de investigação de paternidade. O parágrafo único deste artigo determina que “a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.” Em homenagem à igualdade, a regra deve aplicar-se, igualmente, a despeito da omissão legislativa, às ações de investigação de *maternidade*. Trata-se, agora sim, de uma *presunção legal relativa*. A relatividade da presunção constata-se do trecho final do texto normativo, que remete o órgão julgador ao exame de todo contexto probatório para a confirmação da presunção, o que seria irrelevante se estivessemos diante de uma presunção legal absoluta. Assim, é possível afastar a presunção com a prova contrária, como por exemplo, a prova de esterilidade ou de tipo sanguíneo incompatível com o do suposto filho.

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

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

Não obstante isso, o STJ, bem antes da edição desta nova lei, publicou o enunciado n. 301 da súmula da sua jurisprudência predominante: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção

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

juris tantum de paternidade”¹⁵⁰. Esse enunciado tem uma série de problemas: a) não está em conformidade com os precedentes do STJ, pois todos cuidam de presunções judiciais, que não podem ser absolutas nem relativas, atributos exclusivos das presunções legais; b) ainda assim, não havia, à época da edição do enunciado da súmula, a mencionada presunção legal relativa, não prevista na legislação civil codificada; tanto não existia essa presunção, que houve necessidade de edição de uma nova lei para determiná-la. O enunciado da súmula do STJ estava, portanto, em desconformidade com os próprios precedentes e com o texto do Código Civil, que cuidava da matéria.

Pois bem.

É preciso distinguir, porém, a *ação de investigação de paternidade/maternidade*, cujo objetivo é o de, após reconhecer o vínculo de filiação, constituir o vínculo jurídico da paternidade/maternidade, com a *ação de investigação de ascendência genética*, que é aquela em que o demandante quer investigar apenas se o réu é ou não o seu genitor, sem que se estabeleça entre eles o vínculo da paternidade.

Sobre o assunto, a lição de Paulo Lôbo:

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

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

(...)

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, *a fortiori*, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação

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

de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não)".¹⁵¹

É possível, por exemplo, que alguém, filho adotivo, adúltero, afetivo (paternidade afetiva) ou por inseminação artificial heteróloga, tenha a necessidade de investigar a sua ascendência genética, por problemas relacionados à sua saúde, sem que tenha qualquer pretensão de alterar o seu vínculo jurídico de filiação. Busca-se, tão-só, investigar a ascendência genética. Não se trata de ação declaratória (não é possível ação declaratória sobre o fato "vínculo genético"). É ação de prestação de fazer: submeter-se a exame genético. Nesta demanda, a presunção judicial é totalmente inservível: de nada adianta o magistrado presumir, pela recusa, que o réu é o ascendente genético do autor. Não se aplica, aqui, o art. 232 do CC-2002.

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

Tendo em vista que a realização do exame genético, atualmente, é muito singela (não é mais necessária, sequer, a retirada de sangue, bastando um pouco de saliva para que se possa fazer a perícia), parece que, neste tipo de processo, é indispensável que o exame genético ocorra, podendo o magistrado, para tanto, determinar as medidas executivas que reputar necessárias (§5º do art. 461 do CPC), tal como a expedição de ordem, sob pena de multa diária, para que o réu se submeta à perícia¹⁵².

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

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

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

intimidade do demandado; d) o demandado não sofrerá qualquer prejuízo jurídico com a realização do exame, já que o objetivo não é o de atribuir-lhe o vínculo jurídico paternidade/maternidade; e) a recusa a submeter-se ao exame é, neste caso, abuso de direito, portanto conduta ilícita; f) trata-se de interpretação a favor da efetividade de um direito fundamental que, de outro modo, não poderia ser adequadamente protegido judicialmente.

8.4. A prova *prima facie*

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

Lado a lado com as presunções, construiu-se, na Alemanha, no início do século XX, a noção das provas *prima facie*¹⁵³. Foram elas absorvidas pela legislação processual alemã, o que terminou por repercutir na Itália e, por conseguinte, no Brasil.

A prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência¹⁵⁴.

“A aparência da verdade, ‘a verossimilhança dos fatos alegados’ se apresenta ao juiz, quando os submete em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. Pelo que o julgador infere das máximas de experiência, a verossimilhança dos fatos é de tal ordem que os considera *prima facie* provados”.¹⁵⁵

Parte-se da ideia de que alguns setores da experiência produzem com certa regularidade eventos típicos que, considerados à luz das máximas da experiência, permitem extrair conclusões acerca do fato que se queira provar; surgiria a “aparência” do fato, que permite inverter o ônus da prova, atribuindo à outra parte demonstrar o contrário. A doutrina alemã utiliza essa noção para a prova de questões de fato relacionadas à responsabilidade civil¹⁵⁶.

Assemelha-se a prova *prima facie* à presunção judicial, pois, em ambos os casos, o juiz parte de uma fonte certa e por ele conhecida, para concluir pela

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

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

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

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

ocorrência de um fato desconhecido (não provado). Diferenciam-se, contudo, pelo seu ponto de partida, pela fonte em que se abebera o julgador. Enquanto na presunção judicial comum, como já visto, o juiz se pauta na existência de um indício – na ocorrência de um fato indiciário conhecido e provado –, para concluir pela ocorrência do fato desconhecido (não provado); na prova *prima facie* o juiz calca-se nas regras de experiência (princípios práticos), para se convencer da ocorrência do fato desconhecido (não provado).

Enfim, extremam-se pelo seu ponto de partida (sua fonte): na presunção, é o indício; na prova *prima facie*, a pura regra de experiência¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

É muito utilizada nas ações de indenização em que há grande dificuldade do autor em provar o nexo causal entre evento danoso e culpabilidade do ofensor, malgrado a experiência da vida deixe evidente que esta (a culpa) recai sobre o réu/ofensor. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito cai em um poço descoberto situado em terreno pertencente ao outro. Os princípios práticos e regras de experiência ressoam que a culpa pelo acidente é do dono da área, vez que não foi diligente o bastante para manter o poço sempre coberto, ou um aviso visível de seu perigo¹⁵⁹.

Há quem não vislumbre diferença entre presunção judicial comum e prova *prima facie*. Entende-se que na prova de primeira aparência o raciocínio do juiz sempre se baseia, em *ultima ratio*, em um fato indiciário conhecido e provado. Por exemplo, para que se possa, por prova *prima facie* (por verossimilhança), presumir culpa de um construtor, seria necessário que a vítima do dano demonstrasse, em juízo, diversos fatos, todos de cunho indiciário: *a*) que foi atingida por um tijolo; *b*) tijolo este que caiu de obra em andamento; *c*) o que teria ocorrido quando transitava pela rua. Assim, a presunção judicial e a prova *prima facie* seriam o mesmo fenômeno, analisado sob diferentes perspectivas.¹⁶⁰

Exemplo corrente, e firmado pela jurisprudência pátria, é a presunção de ocorrência de danos morais no caso de inserção indevida do nome da pessoa em cadastro de proteção ao crédito: provada a inscrição injusta em arquivo de

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

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

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

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

consumo, conclui-se que, certamente, teve por efeito, o fato de o sujeito negativedo ter experimentado danos anímicos – a partir de regras de experiência, com base naquilo que ordinariamente acontece. A comprovação do evento típico (inscrição na Serasa, p. ex.), é o bastante para a chegar-se à existência de nexo causal e dano (v., p. ex., REsp n 419.365/MT, publicado no DJ de 09.12.2002, p. 341).

A base do instituto é a seguinte: a normalidade de alguns acontecimentos (eventos típicos) faz com que a experiência considere irrelevantes as circunstâncias concretas do caso, cabendo à parte unicamente provar a existência desse evento típico, dispensando a prova das peculiaridades da situação específica.¹⁶¹

MICHELLE TARUFFO não vê muita utilidade neste conceito, que reputa muito problemático e ambíguo, o que o torna de difícil aplicação na prática, limitando o seu emprego à cultura alemã. Afirma que não está clara a natureza da aparência do fato que deriva das circunstâncias típicas pela utilização das máximas da experiência¹⁶².

8.5. Prova por amostragem

A prova por amostragem, que pode ser considerada uma variante da chamada prova por estatística, é aquela por meio da qual se demonstra uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles. Isso porque, como consta no *Manual for Complex Litigation*, uma publicação oficial do Poder Judiciário norte-americano, métodos estatísticos podem normalmente estimar, com determinado nível de segurança, as características da “população” ou “universo” de eventos, transações, atitudes ou opiniões, por meio da observação das características em um segmento pequeno ou simples da população.¹⁶³

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Premissa maior: máxima da experiência, noção que reflete o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se outras – possuem as características da generalidade e abstração.¹⁶⁴

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

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

O raciocínio só será legítimo se os métodos de amostragem forem utilizados de acordo com os padrões gerais de estatística, como se depreende do *Manual for Complex Litigation*. São fatores relevantes que devem ser levados em consideração: (i) se a “população” foi propriamente escolhida e definida; (ii) se a amostragem escolhida foi representativa da população; (iii) se os dados reunidos foram cautelosamente relatados; e (iv) se os dados foram analisados de acordo com os princípios de estatística aceitáveis.¹⁶⁵

As normas da estatística são, aqui, meios ao alcance da “confiabilidade” da conclusão da atividade da presunção. Michelle Taruffo trata das funções dos “conhecimentos científicos” quando se refere ao juízo prognóstico de fatos futuros. Suas lições aplicam-se, *mutadis mutandis*, ao que ora se chama de “prova por amostragem”, para considerar que os esquemas “probabilísticos” são adaptados para munir o juiz de estruturas lógicas validamente utilizáveis, atribuindo um grau considerável de confiabilidade e probabilidade de suas previsões ¹⁶⁶, aqui com relação aos fatos não diretamente provados.

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

A prova por amostragem/estatística pode ser muito útil no processo. Técnicas aceitáveis de amostragem podem economizar tempo e reduzir custos e, em alguns casos, promover a única forma viável de coletar e apresentar um dado relevante – diminui-se o objeto da prova: em vez da apresentação de volumosos dados de toda população, apresentam-se dados de apenas parte desta população.¹⁶⁷ A prova por amostragem atende, pois, ao princípio da economia processual e, em alguns casos, é uma saída para que se evite a existência de prova diabólica.

A ausência de previsão expressa em nosso direito processual não significa que não se admita a prova por amostragem no processo. Os fatos podem ser evidenciados por qualquer meio de prova, ainda que não previsto na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 332, CPC). Assim, ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

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

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

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

A prova por amostragem é outro exemplo de prova atípica.¹⁶⁸ A ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobretudo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

9. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Quanto ao objeto da prova¹⁶⁹, classificam-se em: *a)* diretas: se se referem ao próprio fato probando, ou consistem no próprio fato, como p. ex, a testemunha que narra o fato do acidente a que assistiu; *b)* indiretas: se não se refere ao próprio fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como p. ex, quando o perito descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido. São os fatos circunstanciais. A prova indiciária é a prova indireta.

CARNELUTTI traz essa classificação de uma outra forma. Segundo o autor, *direta* é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, o próprio fato que se quer provar; exemplo típico disso seria a inspeção judicial. *Indireta* é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, um fato (chamado de fato representativo) que representa o fato que se quer provar (chamado de fato representado). Nesse sentido, o documento, por exemplo, é uma prova indireta, na medida em que a sua existência, por si só, já é um fato da vida; esse fato da vida, por sua vez, vem para representar um outro fato. Conclui o autor: “A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na *coincidência* ou na *divergência do fato a provar* (objeto da prova) e do *fato percebido pelo juiz* (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o *objeto da prova* e o *objeto da percepção*: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento”.¹⁷⁰

Quanto à fonte da prova¹⁷¹, podem ser: *a)* pessoais: toda afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; *b)* real: é a que se deduz do estado das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu, p. ex, os bambus como prova dos limites entre dois imóveis; o terror, o desespero; trincas nas paredes etc.; o documento é uma prova real.

168. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 103.556, reconheceu o cabimento da prova pericial por amostragem em máquinas caça-níqueis, considerando, inclusive, que seria impossível a pericia em todas elas, já que algumas já se encontram deterioradas. (STJ, 5a T., HC n. 103.556/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24.06.2008, publicado no DJe de 18.08.2008).

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

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

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

Quanto à forma da prova (modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo)¹⁷², podem ser: *a*) testemunhal ou oral: em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas orais estão as provas testemunhal, depoimento de parte, confissão etc.; *b*) documental: afirmação escrita ou gravada: escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.; *c*) material: a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.

Quanto à sua preparação¹⁷³, podem ser: *a*) casuais ou simples: as provas preparadas no curso da demanda; *b*) preconstituídas: em sentido amplo, se entendem as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futura demanda; em sentido estrito, dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que pelos mesmos se constituem¹⁷⁴.

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

10. O PROBLEMA DA VERDADE E A PROVA

A verdade

“A porta da verdade estava aberta
 Mas só deixava passar
 Meia pessoa de cada vez
 Assim não era possível atingir toda a verdade.
 Porque a meia pessoa que entrava
 Só trazia o perfil de meia verdade
 E a segunda metade
 Voltava igualmente como perfil
 E os meios perfis não coincidiam.
 Arrebatavam a porta, derrubavam a porta,
 Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos.
 Era dividida em metades diferentes uma da outra.
 Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
 Nenhuma das duas era totalmente bela e carecia optar.

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

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

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

Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

(*Carlos Drummond de Andrade*)

Verdadeira embolada

A verdade que se preza
 É fiel que nem um cão
 A de César é de César
 A de Cristo é do cristão
 A mentira anda na feira
 Vive armando confusão
 Cheia de perfume, rebolando na ladeira
 De mão em mão
 A mentira e a verdade
 São as donas da razão
 Brigam na maternidade
 Quando chega Salomão
 A razão pela metade
 Vai cortar com seu facão
 Vendo que a mentira chora e pede piedade
 Dá-lhe a razão
 Na realidade
 Pouca verdade
 Tem no cordel da história
 No meio da linha
 Quem escrevinha
 Muda o que lhe convém
 E não admira
 Tanta mentira
 Na estação da Glória
 Claro que a verdade
 Paga a passagem
 E a outra pega o trem
 A mentira, me acredite
 Com a verdade vai casar
 Se disfarça de palpite
 Pra verdade cnfeiteira
 Todo mundo quer convite
 A capela vai rachar
 Pra ver a verdade se mordendo dc apetite
 Ao pé do altar
 Na verdade cresce a ira
 A mentira é só desdém
 A verdade faz a mira
 A mentira diz amém
 A verdade quando atira
 O cartucho vai e vem
 A verdade é que no bucho
 De toda mentira

Verdade tem
(Edu Lobo e Chico Buarque)

A verdade real é algo inatingível; não deixa de ter um caráter místico. É utopia imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento, até porque a verdade sobre algo que ocorreu outrora é ideia antitética. Não é possível saber a verdade sobre o que ocorreu; ou algo aconteceu, ou não. O fato não é verdadeiro ou falso; ele existiu ou não. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles. Daí porque não se pode dizer se tal fato é/foi verdadeiro, ou não, porque ele apenas existe/existiu, ou não existe/existiu; pode imprecisar-se, isso sim, que a alegação ou proposição sobre tal fato seja verdade ou mentira, em razão das alegações serem suscetíveis de apreciação valorativa. Para o processo, parafraseando JOÃO UBALDO RIBEIRO, o negócio é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias; só existem alegações (A frase correta, posta como epígrafe de Viva o Povo Brasileiro: “*O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias*”). Ou, como diriam os “Titãs”, em canção recente, “existem provas de amor, apenas; não existe amor”.

A prova não tem o condão de reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Assim é que a verdade real é meta inatingível, até porque, além da justiça, há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar¹⁷⁵. Calcar-se a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia.¹⁷⁶ O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana¹⁷⁷⁻¹⁷⁸. Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações. “O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carregadas aos

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

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

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

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

autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.”¹⁷⁹

São universais as palavras de CALAMANDREI: “Todo o sistema probatório civil está preordenado, não só a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. (...) Até nos casos muito raros, em que o juiz pode ‘conhecer os fatos da causa’ mediante a inspeção (art. 118, CPC.), a percepção direta do fato, que lhe dá o grau máximo de certeza subjetiva, não basta para excluir que a verdade seja distinta do que, por um erro dos sentidos, pode lhe haver parecido”.¹⁸⁰

A verdade buscada no processo é, assim, a verdade mais próxima possível da real.

11. FINALIDADE DA PROVA

Há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova¹⁸¹: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo¹⁸². Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido.

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

Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para

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

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

181. Cf. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, ob. cit., t. I, p. 239-250.

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

conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa *convencer-se* dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da *crença* de tê-la alcançado. Como conclui ECHANDIA, “la justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”¹⁸³.

Até então, essa tem sido vista como a efetiva finalidade da prova: permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. É como sintetiza VICENTE GRECO FILHO: “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz”¹⁸⁴.

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

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

Podemos dizer, inclusive, que, antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais¹⁸⁵.

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

Nesse sentido, exige-se da parte, ou do seu procurador, uma análise criteriosa das alegações de fato e das *provas* de que o sujeito dispõe a seu respeito – além, obviamente, da tese jurídica que elas permitem sustentar. Ainda que a parte tenha *íntima convicção* do seu direito, ou da legitimidade da resistência que opõe ao

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

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

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

direito da contraparte, é preciso verificar se os fatos em que essa acreditada posição jurídica se assenta podem ser demonstrados.

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

Dentro desse contexto, a prova assume uma finalidade sobremaneira importante: serve ela para indicar à parte quais as suas chances de êxito e, por conseguinte, para determinar qual será o seu comportamento no processo ou mesmo antes dele. Se a testemunha é única fonte de prova de que uma parte dispõe para promover a sua demanda, mas o seu testemunho se revela inservível, a parte pode optar por não ajuizar a demanda – se a colheita se deu *antes* da sua deflagração – ou ainda por nela não mais prosseguir¹⁸⁶. Por outro lado, se o elemento de prova é suficiente para a demonstração de um determinado fato, as partes podem, com base nisso, evitar uma demanda judicial, ou extingui-la por autocomposição.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL diz que “tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente”¹⁸⁷.

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

12. DESTINATÁRIO

Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário:

186. Sobre a possibilidade de produção antecipada de prova, independentemente de demonstração de urgência, seja por ação autônoma, seja por antecipação dos atos probatórios no curso do procedimento, ver, mais adiante, o capítulo sobre Ações Probatórias Autônomas, com ampla referência doutrinária.

187. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., pp. 68-69.

ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir¹⁸⁸. Sucede que, tal como vimos no item anterior, a prova não tem por finalidade apenas propiciar o convencimento do juiz, senão também convencer as partes¹⁸⁹, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele.

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

13. ÔNUS DA PROVA

13.1. Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente *quem tem de provar o quê*; diz-se então que aí há as *regras sobre ônus da prova*.

Costuma-se analisar essas regras sobre ônus da prova segundo duas perspectivas.

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente *a quem* cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* (*ônus formal*, segundo BARBOSA MOREIRA) ou *função subjetiva* das regras do

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

189. Nesse sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, *cit.*, p. 68.

ônus da prova, que permitem “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.¹⁹⁰

Explica o ônus subjetivo BARBOSA MOREIRA: “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*)”.¹⁹¹

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

E segue BARBOSA MOREIRA comentando o ônus objetivo: “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*)”.¹⁹²

Flávio Luiz Yarshell, a despeito de utilizar essa terminologia, critica a qualificação do ônus da prova em *subjetivo* e *objetivo*. Em sua opinião, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)”¹⁹³. Sucedo que, no nosso entendimento, as qualificações *subjetivo* e *objetivo* não têm por escopo determinar se o ônus é atribuído, respectivamente, às partes ou ao juiz. Falar em ônus sob uma perspectiva *objetiva* não implica atribuí-lo ao juiz. O juiz, naturalmente, não tem ônus de provar nada. O ônus de provar, nos moldes descritos pelo legislador, é *das partes*. ● que se quer dizer é que as mesmas regras que disciplinam a distribuição do ônus (que as partes têm) de provar devem servir

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

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

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

193. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 65.

de parâmetro *objetivo* para que o juiz, ao decidir, possa imputar as consequências negativas de eventual ausência de prova de uma alegação de fato à parte que, desde o princípio, tinha o encargo de prová-la.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (*ônus subjetivo*), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como se comportar em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*)¹⁹⁴⁻¹⁹⁵ – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

Com razão Barbosa Moreira: “● valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* assume real importância na *ausência de prova*: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório”.¹⁹⁶

A análise e eventual aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva *objetiva* será feita apenas *após* o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. Somente então, o magistrado vai verificar se as alegações de fato controvertidas, relevantes e determinadas estão, ou não, provadas. Quanto àquelas que estão provadas, tem-se entendido, como visto no item dedicado ao estudo do princípio da aquisição processual da prova, que não é determinante, no momento da análise judicial do material probatório, discernir quem produziu a prova trazida aos autos¹⁹⁷.

194. Conferir, sobre a distinção, CARPES, Artur Thompson. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34; GÔES, Gisele. *Teoria Geral da Prova – apontamentos*. Coleção temas de processo civil. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Coord. Fredie Didier Junior. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 53.

195. Interessante a correlação do ônus subjetivo e objetivo com os princípios inquisitivo e dispositivo: “Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, a regra sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. (...) Em sentido subjetivo, a ideia de ônus da prova liga-se mais fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo). (TESHEINER, José Maria Rosa. “Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)”. In: Luiz Guilherme Marinoni. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 355).

196. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 61.

197. Assim, Barbosa Moreira: “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se

Não se deve, porém, minimizar a importância da função subjetiva das regras sobre ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto à eventual influência que, sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado. Como se verá adiante, exatamente porque as regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão é que eventual redistribuição desse ônus (com aplicação da inversão do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.

Correta, portanto, a lição de ARTUR CARPES: “se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva”.¹⁹⁸

Mesmo, porém, no momento *do julgamento*, pensamos que o chamado *ônus subjetivo da prova* – e não apenas o *ônus objetivo*, como estamos vendo – pode, eventualmente, contribuir para influenciar o convencimento do magistrado. Com efeito, à luz da presença ou da ausência de prova quanto a determinada alegação de fato, pode não ser de todo irrelevante saber quem, em princípio, deveria tê-la produzido. FLÁVIO LUIZ YARSHELL lembra, corretamente, que “na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum ceticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração”¹⁹⁹.

Assim, *pode ser* que haja, sim, relevância em analisar se uma prova que está nos autos efetivamente foi carreada por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com indiscutível

lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores (...). (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As Presunções e a Prova”, cit., p. 75).

198. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*, cit., p. 54. O autor criticou elegantemente o nosso posicionamento anterior, que de fato poderia dar a impressão de que minimizávamos a importância da dimensão subjetiva, quando, em verdade, desde sempre defendemos a necessidade de proteção das expectativas processuais das partes sobre o tema, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta todo o *Curso*; aclaramos agora as nossas ideias e agradecemos a crítica construtiva que nos foi feita.

199. YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 64.

facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo. Essa análise pode contribuir para uma leitura do comportamento das partes e para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo, o que, somado a outros elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da sua tese²⁰⁰.

13.2. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária

As regras do ônus da prova não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza.

Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente, sobretudo quando estiver em pauta a sua dimensão objetiva. Por essa razão, diz-se que: *a)* com o *juízo de verossimilhança*, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; *b)* da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu livre convencimento²⁰¹.

13.3. Distribuição (estática) do ônus da prova

Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: *a)* a posição da parte na causa (se autor, se réu); *b)* a natureza dos fatos em que fônda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); *c)* e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus

200. YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, cit., p. 62-63.

201. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 619.

da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular²⁰². E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

O réu pode defender-se simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de fazer prova – sem excluir a possibilidade de contraprova abaixo mencionada. Trata-se da chamada *defesa direta*, examinada no v. 1 deste *Curso*. Mas se trazer *fatos novos* (*defesa indireta*), aptos a modificar o direito do autor, extingui-lo ou impedir que ele nasça, cabe-lhe o encargo legal de prová-los, afinal de contas é seu interesse que esse direito não seja reconhecido.

A posição do réu é até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor²⁰³. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu.

Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: *a)* provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente alegado; ou *b)* provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu limitou-se a negá-lo – sem aduzir nada de novo –, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A contraprova pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato²⁰⁴.

202. Segundo Chiovenda é fato que dá vida a “uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 07).

203. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 379; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 324.

204. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 380; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, cit., p. 393.

O réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivo, impeditivo ou modificativo do direito afirmado²⁰⁵. E a prova de todos esses *fatos novos*, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a exceção do contrato não cumprido, a decadência legal.

Pode ser *conatural* ao direito, já nascendo com ele – ex.: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por prazo prescricional ou decadal), cujo implemento gera sua extinção – ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (ex.: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição²⁰⁶.

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

Pode ser *conatural* ao fato gerador – como, por exemplo, o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio – ou a ele *anterior* – tal como a incapacidade. Mas, jamais, será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de um requisito de validade do ato gerador.

CHIOVENDA²⁰⁷, em clássica explicação do fato impeditivo, assevera que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

O fato impeditivo é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) “são igualmente necessárias à existência do direito”²⁰⁸. É

205. Conceitos baseados nas lições de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 07 ss.

206. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 08.

207. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 08 e 09.

208. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 10.

o que se observa não só no contexto dos fenômenos jurídicos, como também dos fenômenos naturais, como demonstra o autor italiano já citado:

“Todo fenômeno é efeito de causas eficientes e de causas concorrentes. Assim, o fenômeno da penetração da luz solar num recinto tem por causa eficiente o sol; para que, no entanto, opere essa causa, é necessário que concorra outra circunstância, e é que as janelas deixem de coar a luz. Desde que as janelas estejam hermeticamente fechadas, a *falta* de abertura *impedirá* que o efeito do sol se produza. Ninguém dirá que o fenômeno da iluminação tenha por *causa* a janela aberta: é um sofisma, da falsa causa. tomar por *causa* a *remoção do impedimento* (ROSMINI, *Lógica*, pág. 289).

A mesma coisa acontece no domínio dos fenômenos jurídicos. Todo direito nasce de determinadas circunstâncias que têm por função *específica* dar-lhe vida: contudo, para produzirem o efeito que lhes é próprio, *normal*, devem concorrer outras circunstâncias. Um acôrdo entre as partes para a venda de determinada coisa por determinado preço, é a circunstância específica (fato constitutivo) que produz a passagem da propriedade de uma para a outra (...) exige-se, porém, que as partes sejam capazes, que o consenso seja livre; exige-se ainda que o acôrdo se complete a sério; se é simulado, não ocorre a transmissão de propriedade”²⁰⁹.

Indo além das reflexões do processualista italiano, constata-se que, no âmbito dos fenômenos jurídicos, enquadra-se como fato impeditivo do nascimento de um direito, em regra, a ausência dos requisitos de validade do fato gerador (sempre ato jurídico) e como fato constitutivo do direito a presença dos seus pressupostos de existência.

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão-somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Assim se estrutura o sistema processual brasileiro. A cada parte cabe provar o que alegou – ou “contraprovar” aquilo alegado e provado pelo adversário.

Com isso, adotou o nosso CPC uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído *a priori*, sem a observância das peculiaridades do caso concreto. Mas esse regramento tem-se revelado insatisfatório e artificial, por desprezar as especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida, de modo que vem ganhando força a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, logo mais examinada.

13.4. Inversão do ônus da prova *ope iudicis* e a chamada inversão do ônus da prova *ope legis*

Costuma-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*).

209. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, cit., p. 08 e 09.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC.

Visível é que não há aí qualquer *inversão*, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do *ônus da prova*, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 333 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

Bem pensadas as coisas, a inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe a outra parte a o ônus da prova de que o fato não ocorreu

Bom exemplo de inversão *ope legis* é o da prova de propaganda enganosa.

O art. 38 do CDC determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer a prova.

É caso de inversão *ope legis*. Rigorosamente falando, nem de inversão se trata, porquanto seja regra aplicável a qualquer situação. Não é caso de inversão de ônus da prova, mas de um redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação²¹⁰.

Bem diferente é a inversão *ope iudicis*, esta sim verdadeira inversão do ônus da prova. Em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o *onus probandi*, mas abre a oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta (ex.: art. 6º, VIII, do CDC). Assim, prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC, podendo

210. “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêm que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, cit., p. 208).

o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.

Justamente por depender da apreciação subjetiva do magistrado sobre os fatos da demanda, a inversão *ope iudicis* – ou, simplesmente, inversão do ônus da prova – é uma regra de atividade, e não de julgamento, o que significa que o magistrado não poderá dela se valer se não conferiu à parte a quem imputou o ônus de provar a oportunidade de produzir sua prova, conforme será examinado no item seguinte.

13.5. Inversão do ônus da prova *ope iudicis*. Causas de consumo e outras

O CDC autoriza a inversão *ope iudicis* do ônus da prova. O art. 6º, VIII, permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos litígios que versem sobre relações de consumo: a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente. Vejamo-las.

a) Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras (presunção *iuris tantum*), para, redistribuindo o *onus probandi*, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária.

Note-se que KAZUO WATANABE entende que não é propriamente caso de inversão do ônus da prova: “O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base nas máximas da experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”.²¹¹

O autor, com toda razão, parece equiparar o instituto à prova *prima facie* – prova de primeira aparência ou por verossimilhança.

b) Verificando o juiz que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir prova do quanto alegado²¹² –, deve supor serem suas

211. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 617.

212. Para fazer essa análise o juiz deve ponderar fatores como as dificuldades de acesso a informações, dados ou documentação, o grau de escolaridade, sua posição social, seu poder aquisitivo etc.

alegações verdadeiras, determinando que a contraparte atente para o encargo da prova contrária.

Em ambos os casos, a inversão é sempre um critério do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto. Aqui, a inversão se opera *ope iudicis*, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os pressupostos legais necessários para que a determine²¹³. Mas basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos²¹⁴.

A previsão da inversão dos ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC.

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”.²¹⁵ Uma coisa é a regra *que se inverte* (a regra do ônus), outra é a regra *que inverte* (a da inversão do ônus).

213. Existem julgados dispondo que, embora o ônus probatório termine recaindo sobre o fornecedor, não cabe a ele responder pelas despesas necessárias para a realização de prova requerida pelo consumidor. Vide o REsp n. 729.026-SP. É, inclusive, o entendimento firmado pelo Tribunal Pleno do TJ/SE, na Súmula n. 01/2005, que dispõe que a inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a pagar as custas da prova requerida pelo consumidor. Mas, apesar disso, ela (parte adversa) sofre as consequências de não produzi-la. Mas, por outro lado, encontram-se decisões que optam por preservar o consumidor, enquanto parte mais fraca, para impor as ditas despesas ao fornecedor. Embasam-se na isonomia real e no direito de acesso à justiça do consumidor. Vide o REsp n. 436.731/RJ e o AI n. 200000200117079, do TJ/DF, por exemplo.

214. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1, p. 326 e 327; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit. p. 413. Em sentido diverso, Antônio Gidi, defendendo que a inversão só é autorizada quando presentes ambos os requisitos – afinal, é sempre imprescindível que a alegação do consumidor seja verossímil, diz (GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, n. 03, p. 584).

215. GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38.

Deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele.

Identificam-se, nitidamente, duas correntes sobre o momento adequado para a inversão do ônus da prova: *a)* aqueles que defendem que deve se dar quando da prolação da sentença – tal como ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE²¹⁶, DINAMARCO²¹⁷, JOÃO BAPTISTA LOPES²¹⁸, NELSON NERY JR.²¹⁹, TJ/RS²²⁰ e TJ/MG²²¹; *b)* aqueles que entendem que deve se dar antes da prolação da sentença, máxime da fase de saneamento (ou probatório) – tal como ANTONIO GIDI²²², MARINONI²²³, CAMBI²²⁴, ARTUR CARPES²²⁵, MARISTELA DA SILVA ALVES²²⁶,

216. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 735.
217. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-84.
218. LOPES, João Baptista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50 e 51.
219. NELSON NERY JR. afirma que “o juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que o fornecedor faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda”. (NERY JR., Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, p. 217).
220. Conforme Apelação Cível n.º 70011515483 e Apelação Cível n.º 70006154223.
221. Dessa forma, Agravo de Instrumento n.º 491.242-7, Apelação Cível n.º 1.0024.02.879058-2/001 e Agravo n.º 1.0024.03.116866-9/001 – em que pese não pareça ser entendimento predominante.
222. GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38.
223. Defende o autor que, se não for assim, a inversão do ônus da prova significará a imposição de uma pena e, não, a simples transferência de um ônus. Mas esse seu entendimento se restringe à inversão do ônus da prova em caso de hipossuficiência do consumidor – impossibilidade ou grande dificuldade do consumidor desincumbir-se do ônus –, quando se deve dar ao fornecedor a oportunidade de atender ao encargo probatório. Já em casos de verossimilhança das alegações do autor, é possível inverter o ônus da prova em sentença, dando decisão desfavorável ao fornecedor, pois ele teria assumido o risco de não provar que ocorreu algo diverso do que ordinariamente acontece, do que é verossímil; assumiu o risco da dúvida (MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 06, 07, 13 e 14).
224. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 418 ss.
225. O autor baseia seu posicionamento no reconhecimento da noção de ônus subjetivo da prova, enquanto encargo probatório imposto a uma das partes, e da necessidade de preservação do contraditório – para evitar decisão-surpresa para os litigantes – e da cooperação – para impor o dever de prevenção das partes para o juiz, permitindo que colaborem na busca de elementos de prova necessários para se evitar o uso da regra de julgamento. (CARPES, Artur Thompson. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 40 ss.).
226. ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit., p. 212 e 213.

MANOEL DE SOUZA MENDES JUNIOR²²⁷, FRANCISCO GAMA NETTO²²⁸ e decisões do STJ²²⁹, TJ/MG²³⁰, TJ/RS²³¹ e a Súmula n.º 91 do TJ/RJ²³².

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em 2012, nos autos do EREsp n. 422.778-SP, demonstrou haver nítida divergência interna entre seus Ministros, sobre a natureza da regra de inversão do ônus da prova em causas de consumo, e momento adequado para aplicá-la, em caso que merece relato: ● recorrido adquiriu uma garrafa de refrigerante em um posto de gasolina de uma cidade interiorana. Sucede que, ao abri-la, seu olho foi atingido violentamente pela tampinha, o que lhe causou a perda quase total da visão desse olho e o impediu de ser promovido em sua carreira de policial militar. Por isso, pediu, em juízo, indenização dos danos morais e materiais decorrentes do ocorrido, apontando o fabricante local daquela marca de refrigerante como réu. ● juízo de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que, em apertada síntese, não provara o autor que o réu era o fabricante do refrigerante causador do acidente. Porém, o Tribunal de Justiça deu provimento à apelação do autor ao fundamento de que cabia à sociedade demonstrar que não fabricava ou distribuía o refrigerante naquela região, dando a entender que invertera o ônus da prova em segundo grau de jurisdição. Diante disto, em sede de recurso especial, o fabricante alegava, dentre outras, a violação ao art. 6º, VIII, do CDC, ao afirmar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução processual e não de julgamento, razão pela qual o Tribunal de Justiça não poderia tê-la aplicado ao julgar a apelação. Ao iniciar-se o julgamento do recurso especial, o Min. Castro Filho, valendo-se de precedentes, conheceu e deu provimento ao recurso, entendendo que a inversão do ônus probatório realmente seria um regra de instrução. Por tal motivo, determinou o retorno dos autos para que o juízo se pronunciasse a respeito do direito do fabricante de produzir prova. A Min. Nancy Andri ghi, no respectivo voto-vista, valendo-se da lição de vários doutrinadores, inclusive estrangeiros, posicionou-se no sentido inverso, o de que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de julgamento. Aludiu que, após o oferecimento e valoração da prova produzida na fase instrutória, o juiz, diante do conjunto probatório, se ainda em dúvida para julgar a demanda, pode determinar a inversão em favor do consumidor, pois não há que se falar em surpresa ao fornecedor, visto que esse tem ciência de que, em tese, haverá a inversão, além do que é ele quem dispõe do material técnico do produto, certo que o consumidor é a parte vulnerável da relação e litigante eventual. ● Min. Ari Pargendeler, por sua vez, em seu voto-vista, acompanhou integralmente a divergência inaugurada pela Min. Nancy Andri ghi, deixando de conhecer do especial. Já o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, apesar de entender que a inversão deve dar-se quando da produção da prova, acompanhou a divergência apenas quanto ao

-
227. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 114, 2004, p. 89.
228. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 217-218.
229. Vide REsp n.º 195.760-PR e REsp n.º 442.854-SP.
230. Como revclam, dentre inúmeros outros julgados, aqueles da Apelação Cível n.º 1.0707.03.069609-0/001, Apelação Cível n.º 468.627-9 e Agravo de Instrumento n.º 443.890-6.
231. O que se extrai do julgamento do Recurso Cível n.º 71001464932 e da Apelação Cível n.º 70017994609, dentre muitos outros.
232. “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

resultado, ao fundamento de que o acórdão destacara tratar-se de responsabilidade objetiva. Assim, entendeu que a hipótese seria de aplicação do art. 14 do CDC, de inversão legal, e, incumbia ao fabricante o ônus de provar a excludente de sua responsabilidade, do que não se desincumbiu. Ao concluir o julgamento do recurso especial, o Min. Humberto Gomes de Barros, em seu voto-vista, acompanhou o Relator. Entretanto, muito embora não se tenha definido qual o posicionamento da turma, deixou-se de conhecer do REsp interposto pela fabricante. A fabricante, no entanto, interpôs embargos de divergência contra o acórdão resultante do REsp. O referido recurso, tendo sido conhecido (isto é, certificada a existência de divergência entre acórdãos no que concerne à natureza da regra que se pode extrair do art. 6º, VIII, do CDC), veio a ser provido por maioria no sentido de prestigiar, na Segunda Seção do STJ (responsável por matéria consumerista), o entendimento de que a regra que a inversão do ônus da prova seria de instrução, não de julgamento. Nessa linha, e tendo-se como condutor o voto da Min. Maria Isabel Gallotti, decidiu-se que a inversão do ônus probatório deveria ter se operado na etapa de saneamento do feito, razão pela qual foi determinada a baixa dos autos ao juízo de origem. (STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j.em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012)

Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do *devido processo legal*, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o *ônus subjetivo* acaba por condicionar a atuação processual da parte). Por outro lado, exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar uma possível inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do consumidor, é tornar legal a inversão que o legislador quis que fosse judicial (tanto que exigiu o preenchimento, no caso concreto, de certos requisitos).

Segundo Cambi, o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente. Deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta/indefinida, o que é imposição diabólica²³³.

No entanto, só há previsão legal da possibilidade de inversão *ope judicis* para as causas de consumo. A despeito disso, por aderir à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, abaixo examinada, parece-nos que a inversão *ope judicis* do ônus da prova é técnica que prestigia o princípio da igualdade e o princípio da adequação, e não pode, por isso, ter a sua utilização restrita às causas de consumo²³⁴.

233. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 420. O autor coloca essa referência específica como um dever do juiz.

234. MARCELO ABELHA RODRIGUES, por exemplo, embora sem fazer menção à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, admite a inversão do ônus da prova em ações de responsabilidade civil ambiental: “No

13.6. Convenções sobre ônus da prova

Permite o CPC, no parágrafo único do art. 333, às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova mediante convenção, formada antes ou no curso do processo.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção, que distribui de maneira diversa o ônus da prova, quando: a) recair sobre direito indisponível da parte; b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O art. 51, VI, do CDC cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC, que expressamente permite negociação da distribuição do ônus da prova, limitando-a nos dois incisos previstos neste dispositivo. É como se houvesse um terceiro inciso no parágrafo único do

caso da ação de responsabilidade civil ambiental, o que se tem é a técnica de inversão do ônus da prova no processo civil por aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC c/c art. 117 do mesmo diploma. No segundo caso, quando se trata de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que cabe ao suposto poluidor a prova de que há risco de poluição. Com isso queremos dizer que é regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente. Não se trata de técnica processual de inversão, mas de regra principiológica do próprio direito ambiental e como tal já é conhecida pelo suposto poluidor desde que assumiu o risco da atividade. Conquanto o mecanismo anterior fique restrito aos casos de hipossuficiência científica, é certo que a técnica de inversão do ônus da prova, no curso do processo, a critério do juiz, pode ser aplicada em qualquer ação de responsabilidade civil ambiental. (...) Por tudo isso, pensamos que lege lata há previsibilidade de que a prova do nexo de causalidade deve ser obrigatoriamente entregue ao poluidor, quando a hipótese for de aplicação e incidência do princípio da precaução. Ou ainda, nos demais casos pode ser usado o art. 6º, VIII, do CDC, quando exista a hipossuficiência (técnica e/ou econômica) da coletividade lesada (legitimado) na comprovação do nexo entre o dano e a atividade do lesante. Como já dissemos retro, seria de bom alvitre que, para evitar a surpresa processual, o juiz invertesse o ônus da prova no saneador". (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 208-211). Dessa forma, julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Agravo nº 1.0521.06.051659-3/001, dispondo que: "É cabível a inversão do ônus da prova no Direito Ambiental, com base nos princípios da precaução e da prevenção, e na responsabilidade objetiva daquele que explora os recursos minerais". Nessa linha, mas com outros argumentos, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 423 ss. Luiz Guilherme Marinoni, por sua vez, vai mais além e questiona a restrição da técnica de inversão do ônus da prova aos casos expressamente previstos em lei. Para o autor o mecanismo deve ser possível toda vez em que a adequada tutela da situação material o exigir (MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2007, p. 09 e 10). Estende-se, também, a regra aos usuários de serviços públicos, ainda que não sejam, tecnicamente, consumidores, tendo em vista: i) a posição de vulnerabilidade do cidadão-usuário diante do sujeito que detém maior poder econômico ou decisório dentro da relação; ii) e o fato de a lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995) ressaltar, expressamente, em seu art. 7.º ("Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários"), os direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor (MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 207-208).

art. 333 do CPC. Esse dispositivo “não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor”.²³⁵

A convenção pode ocorrer antes ou durante o processo. Em ambos os casos, está-se diante de um negócio jurídico processual – compreendido como qualquer negócio jurídico cujos efeitos repercutam em um procedimento atual ou futuro. Não há razão alguma para impedir que essa convenção seja celebrada durante o processo.

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.

13.7. Ônus da prova de fato negativo

Atualmente, a ideia de que os *factos negativos* não precisam ser provados – decorrente do brocardo *negativa non sunt probanda* – vem perdendo o seu valor²³⁶. É meia verdade. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

Impende distinguir, entretanto, as negativas *absolutas* das *relativas*.

A *negativa absoluta* é a afirmação pura de um não-fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Já a *negativa relativa* é afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando lembramos dos “álbis” (ex.: na noite do reveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

235. NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 416.

236. Em repúdio à máxima da *negativa non sunt probanda*, CHIOVENDA argui que: “Em primeiro lugar, em multíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 377). Sobre o tema, vide ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 495; GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 70.

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos absolutamente negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insusceptíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição²³⁷. Ora, ao tratarmos das características do fato probando, já foi dito que é indispensável que seja ele *determinado*, isto é, identificado no tempo e no espaço. É dessa regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova. Não é possível, por exemplo, provar que a parte nunca esteve no Município de Candeias. Nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que ela (a parte) esteve lá – já se aplicando, aqui, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, doravante examinada²³⁸.

Em alguns casos, a negativa absoluta e indefinida pode ser provada – ou, ao menos, presumida –, a partir do uso de mecanismos específicos, razão porque não é cabível a inversão do ônus da prova.

É possível provar, por exemplo, a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais. Cabe presumir, outrossim, que um indivíduo não é inadimplente, no âmbito mercantil/consumerista, com uma certidão negativa do SPC e da SERASA.

A viabilidade de demonstração de negativas indefinidas deve-se, sobretudo, ao fato de existirem certos órgãos centralizadores de dados, informações e registros, aptos a atestar fatos deste viés – muitos deles estatais (ex.: Receita Federal, DETRAN, Cartórios de Imóveis etc.).

No mais, inegável é a possibilidade de prova de negativa absoluta por confissão extraída em depoimento pessoal.

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia (não-fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico.

Nas *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LIII, § 10, encontrava-se curiosa regra nesse sentido: “Posto que seja regra que a negativa não se pode provar, e por consequente se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita em depoimento”.

Para Arruda Alvim, neste caso (das negativas relativas), o ônus da prova será bilateral (de ambas as partes)²³⁹, o que não parece adequado, pois esse tipo de ônus

237. LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e 33; GÔES, Gisela. *Teoria geral da prova*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 70.

238. ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 2, p. 495.

239. ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed., v. 2, cit., p. 495.

“compartilhado” não funciona enquanto regra de julgamento. Ora, como deve o juiz julgar a causa se nenhuma das partes desincumbiu-se do seu ônus (imposto a ambas)?²⁴⁰ Todo ônus de prova deve ser unilateral.

Assim, neste particular, é preciso distinguir duas diferentes hipóteses.

Quando a parte deduz uma negativa relativa como *não-fato constitutivo do seu direito*, cabe a ela o ônus de demonstrar indiretamente sua não-ocorrência, com a prova do fato positivo correlato. Por exemplo, se um indivíduo pretende afastar judicialmente uma multa de trânsito (direito potestativo), sob o argumento de que não conversava ao celular, na condução do seu veículo, no dia 12 de novembro de 2007, às 09h00, na Avenida Otávio Mangabeira (fato negativo), porque estava com seu veículo estacionado, neste mesmo momento, na Zona Azul, em frente à Casa do Comércio (fato positivo), cabe-lhe o encargo de provar, de forma indireta, o fato negativo, com a demonstração do fato positivo que a ele corresponde.

Mas é possível que a parte deduza negativa relativa, em sua defesa, para *desmentir fato constitutivo do direito do seu adversário*; nega o fato trazido pela contraparte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não-ocorrência.

O ônus é unilateral e pode o juiz agir de duas diferentes formas: *a)* ou mantém a regra legal de ônus de prova, que impõe ao autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC) – sendo que, feita a prova pelo autor, só resta ao réu a possibilidade de contraprova; *b)* ou, percebendo que o adversário (réu) tem melhores condições de atender ao encargo probatório, inverte o ônus da prova (na fase de saneamento ou instrução) – distribuindo dinamicamente o ônus da prova, como visto em item a seguir –, para que ele (réu) prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo (e novo) por ele aduzido.

Imagine-se que o autor afirmou que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade na Avenida Anita Garibaldi, na manhã do dia 02 de junho de 2007, e o atropelou (fato positivo constitutivo do seu direito). O réu, em sua defesa, assevera que não estava na condução do seu carro no dia e na hora apontados (fato negativo), pois já o tinha transferido, nesta data, a terceiro (fato positivo correlato)²⁴¹. Aplica-se, como dito, a regra geral (art. 333, I, CPC), cabendo ao

240. Reflexão suscitada pelo advogado e professor Valton Pessoa.

241. Para LEO ROSENBERG, a prova de não-fato não é tão difícil quanto se afirma em nossa doutrina. Basta se comprovar a ocorrência ou não das circunstâncias que falam em favor do fato positivo correlato: “Pero se em algún caso la comprobación de la no existencia de um hecho resultara especialmente difícil, y, en cambio, muy fácil la comprobación de su existencia, el tribunal podrá y deberá tomar la circunstancia de que el adversario no suministra la prueba de la inexistencia y ni siquiera trata de suministrarla, como motivo para declarar la inexistencia del hecho gracias a su libre apreciación de la prueba”. Mas em nenhum caso, conclui, a dificuldade de fornecer a prova pode levar a uma modificação das regras de ônus

autor provar o fato constitutivo do seu direito – o que não exclui a possibilidade de o juiz distribuir dinamicamente o ônus da prova, por considerar que a outra parte tem melhores condições de provar o contrário.

13.8. Prova diabólica

A prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida. “(...) é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”²⁴².

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo...

A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo.²⁴³ Sucede que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica – afinal, viu-se, acima, que os fatos relativamente negativos são perfeitamente susceptíveis de serem provados, bem como os fatos absolutamente negativos, em alguns casos, também são (ex.: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

Quando se está diante de uma prova diabólica deste viés, insusceptível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo do onerado dele desincumbir-se –, como se verá no item a seguir.

É uma prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

de prova, conclusão com a qual não se concorda, como se verá adiante. (*La carga de la prueba*. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 378).

242. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 12.

243. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 12.

No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que MARINONI²⁴⁴ chama de “situação de inescclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário. Não há fundamento razoável para adoção de nenhuma das posturas. Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inescclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável. Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: *a*) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (333, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; *b*) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência²⁴⁵.

Tome-se o seguinte exemplo, extraído da doutrina de GERHARD WALTER²⁴⁶ – reproduzido e comentado por MARINONI²⁴⁷. Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos – como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social, em sua defesa, sustenta que o falecimento deu-se por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excludente de nexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento ou colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma “situação de inescclarecibilidade”.

Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes deste viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da “inesclarecibilidade”, devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes

244. MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7 e 8.

245. Vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7 e 8. Para o autor, a inversão do ônus da prova deve se dar na própria sentença.

246. GERHARD, Walter. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 277 e 278.

247. MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7 e 8.

da sentença – em tempo de exercer o contraditório –, para, em pó, condená-lo a indenizar a vítima.

Parece que, nestes casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência (princípios práticos), para se convencer da ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de KAZUO WATANABE exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança (prova *prima facie*).

Eis um caso em que se distribui dinamicamente o ônus objetivo da prova, definindo-se, caso a caso, qual deve ser a regra de julgamento aplicável e sobre qual das partes deve pesar o resultado negativo imposto pelo malogro probatório.

13.9. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Como já dito, nosso CPC acolheu a *teoria estática* do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC).

Pouco importa ao legislador se essa repartição legal gera alguma dificuldade probatória para a parte. Essa preocupação subsiste, unicamente, para a convenção probatória (art. 333, parágrafo único, II, CPC) firmada entre as partes, que é tida por defeituosa se tornar excessivamente difícil para uma delas a produção da prova. Esse é o único caso em que o legislador permite que o juiz interfira nas regras de distribuição do ônus probatório (neste caso, convencionais), para equilibrá-las à luz do caso concreto. Fora disso, prevalece a lei e sua visão estática do *onus probandi* (art. 333, CPC)²⁴⁸.

Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).

É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. “Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode

248. KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 944.

é admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta”²⁴⁹.

WILSON ALVES SOUZA faz uma síntese das principais teorias sobre o ônus da prova:

1) *Teoria de Jeremy Bentham*: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc. Trata-se de teoria seguida por DEMOGUE, com poucas variações. Aqui já se encontram os primeiros sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.

2) *Teoria de Bethmann-Hollweg*: a quem deduz um direito, cabe provar sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.

3) *Teoria de Gianturco*: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.

4) *Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda*: que muito se assemelham e, em linhas bem gerais, dispõem que o autor deve provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções. Essas teorias são muito criticadas por MICHELLI, por levarem em consideração a relação jurídica abstratamente colocada, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.

5) *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa²⁵⁰.

Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto²⁵¹. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento

249. “Observe-se que, muitas vezes o próprio legislador reconhece a fragilidade da sua teoria e estabelece expressamente presunções em favor de determinada parte”. Em tais casos, acrescenta Wilson Alves Souza, a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é dispensável, “o mesmo valendo para os casos em que o juiz pode integrar seu conhecimento e experiência da vida e das coisas, como, por exemplo, nos casos de prova diabólica, fatos negativos absolutos, fatos notórios, fatos normais etc”. (SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, n.6, p. 247-248).

250. SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, cit., p. 243-244.

251. Assim, DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. 2001, n. 788, p. 98; CARPES, Artur Thompson. *Apontamentos sobre a*

justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade, todos examinados no volume I deste Curso.

“A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo”²⁵².

Enfim, de acordo com essa teoria: *i)* o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii)* sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; *iii)* pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); *iv)* não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova²⁵³.

Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. Explora a *dinâmica* fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la²⁵⁴⁻²⁵⁵.

inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório, cit., p. 36 e 37. Admitindo essa possibilidade, tem-se, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 07; LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*, cit., 51 e 52; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit., p. 214 e 215; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175-179; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 344-346. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinariade e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 118-119.)

252. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788, p. 98.

253. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”, cit., p. 98.

254. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 341 e 342.

255. Nesse contexto, há doutrina comentando o chamado princípio do favor da prova (“favor probatione”), segundo o qual toda a dúvida sobre a pertinência da prova deve resolver-se em sentido afirmativo – isto é, no sentido de admiti-la -, sobretudo quando se trata de fatos de difícil verificação. Enquanto a negativa da prova (duvidosa em si ou sobre fato de difícil verificação) pode implicar denegação de justiça e dano

Daí emerge a dúvida: teria sido essa teoria adotada pelo ordenamento brasileiro? Encontram-se referências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

O nosso legislador positivou, como já examinado a técnica da inversão do ônus da prova, no art. 6º, VIII, CDC, em favor do consumidor. Trata-se de nítida aplicação desta teoria – embora restrita às causas de consumo –, a final confere-se ao juiz o poder de redistribuição de ônus probatório (sua inversão), em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística (verossimilhança e hipossuficiência). Em síntese, impõe-se ao juiz a decisão pela inversão do *onus probandi*, sempre que o fornecedor tenha melhores condições que o consumidor de arcar com este encargo²⁵⁶⁻²⁵⁷.

O CPC não contém regra expressa adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual²⁵⁸. A *distribuição dinâmica do ônus da prova* seria uma decorrência dos seguintes princípios:

a) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;

b) *princípio da lealdade, boa-fé e veracidade* (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no

irreparável ou de difícil reparação para a parte que dela dependia para o reconhecimento do seu direito, a admissão/produção/eficácia da prova potencialmente supérflua só causaria algum prejuízo à duração razoável do processo, que poderia ser minimizado ou neutralizado de outras formas. E não se descarta, contudo, que a solução para esse problema, muita vez, é a inversão do ônus de prova, quando o adversário tenha melhor condições de produzi-la. (KIELMANOVICH, Jorge L. *Favor Probatione*. In: “La Prueba”. MORELLO, Augusto M. (coord.). La Plata: Libreria Editora Platense SRL, 1996, p.155-157).

256. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”, cit., p. 93 e 94.

257. Jorge PEYRANO fala em uma recomendação de que seja consagrada legislativamente a teoria. No ordenamento brasileiro, a par da previsão no Código de Defesa do Consumidor acima citada, observam-se propostas de positivação da teoria em anteprojetos e projetos de código de processo coletivo e individual e códigos modelos (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de Las Cargas Probatorias Dinámicas*, cit., p. 19-25).

258. Para Robson Renault Godinho a distribuição do ônus da prova é uma questão vinculada ao exercício dos direitos fundamentais, não necessitando de integração legislativa para sua flexibilização: “se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional. [...] como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça” (“A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 182, 183 e 194).

intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;²⁵⁹

c) *princípio da solidariedade* com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos²⁶⁰; exige-se que a parte colabore em matéria de prova para que o juiz alcance a verdade²⁶¹;

d) *princípio do devido processo legal* (art. 5.º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimos;²⁶²

e) *princípio do acesso à justiça* (art. 5.º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

A esses princípios, acrescentamos o da adaptabilidade do procedimento, conforme já anunciado.

Percebe-se, pois, que o art. 333, CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que informam o processo civil cooperativo e igualitário. Consolida-se, assim, uma visão solidarista do ônus da prova, que viabiliza a justa e adequada tutela do direito material, em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas.

Muitos de nossos tribunais, outrossim, têm extraído a regra de nosso sistema processual.²⁶³ Caso emblemático em que se abraça a tese ora examinada é o da responsabilidade civil de profissional liberal, principalmente do médico, vez que este, quando demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar sua atuação irregular – a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), a ele não caber

259. SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, cit., p. 256; WHITE, Inês Lépari. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: Cargas Probatórias Dinâmicas. PEYRANO, Jorge W. (Dir.). 1 ed. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 67; AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Dir.). 1 ed. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 141.

260. Sobre estes três primeiros princípios, vale a pena conferir a exposição de Antonio Janyr Dall’agnol Jr. (“Distribuição dinâmica do ônus probatório”, p. 103-105 e segs.). Vide, ainda, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 945. Maristela Alves embasa a teoria nos princípios da solidariedade e igualdade material (ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit., p. 214).

261. WHITE, Inês Lépari. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”, cit., p. 67-68.

262. Acerca destes quatro primeiros princípios, interessam as palavras de Wilson Alves Souza (“Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”, cit., p. 256).

263. Alexandre Freitas Câmara (“Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n.31, p.15 e segs.), Antonio Janyr Dall’agnol Jr. (“Distribuição dinâmica do ônus probatório”, p. 101 e segs.) e Eduardo Cambi (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 344 ss.) fazem um bom apanhado jurisprudencial.

esse ônus²⁶⁴. Subsistem, ainda, decisões que seguem essa orientação em causas de família, sobretudo nas ações de alimentos, impondo ao alimentante o ônus de provar seus rendimentos²⁶⁵.

JORGE PEYRANO²⁶⁶ revela que a teoria das cargas dinâmicas tem evoluído no sentido de só admitir-se o afastamento das normas legais sobre distribuição do ônus de prova quando sua aplicação for manifestamente injusta, em casos excepcionais. Mesmo assim, ainda que excepcionalmente seja imposto o ônus de prova àquele que tem melhores condições de atendê-lo, o juiz deve ser especialmente cuidadoso na hora de avaliar os resultados da prova, porque a parte que a produziu, valendo-se de sua superioridade técnica e profissional, também está em condições de desvirtuá-la, de manipulá-la em seu benefício.

ALEXANDRE CÂMARA pondera que a distribuição dinâmica consiste em “sistema excepcional”, a ser empregado exclusivamente nas situações em que a distribuição estática e legal não for adequada: “Não se trata, porém, de fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas”. Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atendê-lo²⁶⁷.

DANIEL KNIJNIK²⁶⁸ também registra sua preocupação com o uso indiscriminado ou inadequado deste poder de flexibilização do ônus estático de prova, que “não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação de *probatio diabolica*”²⁶⁹ – que, afinal, inutiliza a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição. Propõe, assim, uma interessante sistematização de limites e requisitos, de cunho material e formal, para o seu exercício.

Como *requisito material*, exige o autor que a parte tenha sido encarregada de produzir *prova diabólica*, por uma das seguintes razões: *a)* por encontrar-se em situação de *hipossuficiência probatória*, já que o seu adversário goza de posição privilegiada – por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do

264. STJ, 4ª T., REsp n. 693.09/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18.06.1996, publicado no DJ de 26.08.1996, p. 29.688.

265. Conferir decisão dada na Apelação Cível n.º 70005993449, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, e na Apelação Cível n.º 70004756425, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS.

266. PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de Las Cargas Probatorias Dinámicas*, cit., p. 19-25. PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de Las Cargas Probatorias Dinámicas*, cit., p. 19-25.

267. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”, cit., p. 14-15.

268. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 180 ss. Confira-se, também, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 946 ss.

269. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 181; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 947.

paciente)²⁷⁰; b) ou em virtude da *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/colaboração) do seu adversário – sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e *só* aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Como *requisito formal*, vislumbra a necessidade de que o julgador redistribua o encargo probatório por decisão prévia e fundamentada, em tempo da parte onerada atendê-lo – até para evitar a prova diabólica reversa. Só assim serão preservados o contraditório e a segurança jurídica, afastando-se essa “retroatividade oculta”²⁷¹.

É preciso deixar claro, porém, que *a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus*. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.²⁷²⁻²⁷³

Convém citar, por fim, o acolhimento desta teoria no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, art. 11, § 1º: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

Do mesmo modo, acolheu essa concepção o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, sob coordenação do Prof. Aluísio Gonçalves Mendes, art. 19, § 1º: “O ônus da prova

270. A melhor condição de produzir provas é *fato* a ser objeto de prova? Trata-se, sim, de fato que pode ser presumido existente pela natureza da causa (prova *prima facie*) ou aferido a partir de declarações e documentos constantes nos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato deverá ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá – malgrado isso não a isente de desenvolver atividade probatória própria, ainda que insuficiente. (BARBERIO, Sérgio José. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 102-104).

271. KNIJNÍK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 948. Salienta esses requisitos formais, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 343. Jorge PEYRANO fala em uma conveniência de avisar previamente a parte onerada de seu esforço probatório especial (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de Las Cargas Probatorias Dinámicas*, cit., p. 19-25).

272. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da Prova: No Direito Processual Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-186.

273. Neste particular, Manuel Domínguez chama atenção para a necessidade de cautela ao se considerar a facilidade/dificuldade probatória como critério de distribuição. Facilidade e dificuldade são termos que podem prestar-se a abusos, alerta. Sustenta, ainda, que a distribuição judicial deve complementar a distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos – em que as regras objetivas se jam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestamente injustos (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 122 e 123).

incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora”.

E, finalmente, no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, art. 12, § 1º: “O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo”.

Ademais, essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento²⁷⁴. E isso ficou evidenciado na proposta no Anteprojeto da UERJ-UNESA, no art. 19, § 1º, já transcrito.

O tema é examinado no v. 4 deste *Curso*, dedicado ao estudo do processo coletivo.

14. INSTRUÇÃO DA CAUSA

Em sentido amplo, compreende-se por instrução da causa o preparo dos elementos necessários para que se dê uma decisão. Abrange, por isso, a fase *postulatória*, quando se expõem os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, a *fase de saneamento*, em que se fixam as controvérsias, e a fase *probatória em si*.

Em sentido restrito, considera-se instrução da causa, tão-somente, a *fase probatória*, também chamada de instrução probatória. Seria uma fase do procedimento em que se colhe e se produz a prova dos fatos deduzidos pelas partes como fundamento do pedido ou da defesa, aparelhando-se o feito dos elementos

274. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução”. cit., p. 11; MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 05 a 07; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*, cit., p. 182 e 183; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 343.

suscetíveis de convencer o magistrado sobre as controvérsias que giram em torno do tema *decidendum*.

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

O procedimento de instrução (em sentido estrito), destinado a transplantar para o processo a prova dos fatos, subdivide-se, em regra, em três fases: proposição, admissão e produção da prova.

A *fase de proposição* consiste no requerimento, formulado pela parte, de utilização de um meio específico de prova para demonstrar um fato, já determinado. No sistema do nosso CPC, a proposição é ato da parte, devendo ser realizada no bojo do primeiro ato de postulação – isto é, na petição inicial do autor ou na resposta do réu.

Saliente-se que as partes deverão indicar e requerer as provas ditas constituintes, ou seja, as provas por fazer (perícia, depoimento da parte etc.), pois as provas constituídas deverão ser oferecidas nos atos de postulação, como os documentos substanciais ou fundamentais.

Propostas as provas, o juiz deverá resolver sobre a sua admissibilidade, na chamada *fase de admissão*, quando passarão as provas por um juízo de avaliação preventiva de sua necessidade, utilidade e cabimento. Trata-se de ato do juiz, que faz parte do conteúdo da decisão saneadora.

É possível que, independentemente de proposição das partes, o juiz, de ofício, determine a produção de determinada prova, por considerá-la necessária, útil e cabível (admissível).

Isso porque nosso ordenamento jurídico conferiu poder instrutório ao órgão jurisdicional (art. 130, CPC), conforme já visto.

Com isso, as fases de *proposição* e *admissão* são substituídas – ou complementadas – por um momento de *ordenação oficial* das provas.

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

A audiência de instrução e julgamento é o momento procedimental típico para a coleta das provas orais. A prova documental, no entanto, produz-se, de regra, com o ato postulatório inicial. Mas, independentemente do momento de produção, a prova, uma vez produzida, pertence ao processo e pode ser utilizada por qualquer das partes; a prova produzida desgarra-se de quem a produziu e passa a pertencer

à comunidade processual – a isso se confere o nome de *princípio da comunhão da prova* ou da aquisição processual da prova.

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

Por fim, a valoração das provas produzidas será feita na decisão, quando o magistrado demonstrará que força teve a prova na formação do seu convencimento – afinal, prevalece, em nosso sistema, a livre convicção motivada do juiz.

15. PRECLUSÃO PARA O JUIZ EM MATÉRIA DE PROVA

Como cediço, o juiz, no bojo da decisão saneadora, deverá delimitar a atividade probatória a ser realizada em audiência de instrução e julgamento (art. 331, §2º, CPC) – ou antes dela (ex.: perícia).

À luz do sistema de preclusões judiciais, emergem algumas questões em derredor do tema: a) proferido saneador com a definição das provas a serem produzidas, preclui a possibilidade de determinar a coleta de outras provas? b) proferido o saneador, deferindo a produção de dada prova, e não havendo recurso, pode o juiz retroceder, rejeitando-a? c) proferido o saneador, indeferindo a produção de dada prova, e não havendo recurso, pode o juiz arrepender-se e determinar sua realização? d) determinada a produção da prova de ofício, pode o juiz dela desistir? e) determinada a prova a requerimento, pode a parte requerente dela desistir?

Para a primeira questão, a resposta é simples; decorre de expresso texto de lei. Não há preclusão absoluta em matéria de prova à luz do art. 130, CPC. Mesmo proferido o saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar realização de outras provas, acaso entenda que essa providência é necessária à instrução do feito²⁷⁵. Não é à toa que a doutrina admite tranquilamente que o juiz, ao fim da instrução, em vez de sentenciar, converta o julgamento em diligência probatória, retornando à fase instrutória. Além disso, a possibilidade de alegação de fatos supervenientes (arts. 462 e 517, p. ex.) também justifica a possibilidade de produzir prova inicialmente não determinada na decisão saneadora.

275. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 2002, cit., p. 54; MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.), 2004, cit., p. 989; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 645.

Também DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES não tem dúvidas de que se o julgador entender necessária a produção de determinada prova após o momento do saneador, não haverá obstáculo à sua determinação de ofício.²⁷⁶ Mas o que lhe chama a atenção é a possibilidade de o juiz, já tendo se manifestado a favor ou contra a realização de uma prova, por decisão saneadora não impugnada, modificar seu entendimento, reformar seu julgamento, adotando posicionamento diverso sobre a admissibilidade da prova²⁷⁷.

Ainda sobre o tema, é preciso lembrar a possibilidade de produção de prova em instância recursal, aceita com certa tranquilidade em relação a alguns meios de prova (documental, inspeção judicial e interrogatório, conforme será visto nos capítulos respectivos), mas que pode ser estendida a qualquer outro meio de prova, em razão do pensamento aqui defendido, que permite a aplicação do art. 130 do CPC a qualquer órgão jurisdicional. A propósito, ver o v. 3 deste Curso, que tem item dedicado exclusivamente à produção de provas em tribunal.

Já para a segunda e a terceira questões, a resposta não é tão simples.

Pode o juiz, a pedido da parte, deferir a produção de dada prova e mais tarde se recusar a produzi-la, porquanto, a seu ver, desnecessária, já que sua convicção já está formada? Não, em razão da preclusão.

A despeito do enunciado normativo do art. 130, CPC, que admite que o julgador indefira provas inúteis ou protelatórias, o momento único e adequado para fazê-lo é o saneador. Ao autorizar a produção das provas solicitadas, atribui-se à parte um direito à produção daquela prova (art. 5º, IV, CF) que não pode ser subtraído ao arbítrio do julgador. Operou-se preclusão consumativa. Até porque, bem se sabe, se o juiz de primeira instância ficou satisfeito com as provas já produzidas, formando seu convencimento, o mesmo talvez não se possa dizer do tribunal que revisará o julgamento em grau de recurso: serão aquelas provas para ele suficientes? Afinal, a decisão final e definitiva será a dos órgãos da instância recursal.²⁷⁸

276. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p.266. Nesse sentido, CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 434.

277. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 266 e ss.

278. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 266 e ss. Segundo mesmo autor, há quem defenda o contrário, fundados todos na máxima da economia processual, evitando dispêndio desnecessário de tempo e dinheiro. E, em sentido oposto, Eduardo Cambi, sob o argumento de que, na audiência preliminar, o juiz só tem uma visão superficial dos pontos controvertidos e das provas necessárias, razão por que sua decisão sobre as provas pode ser revista depois. Não há preclusão, diz, pois a prova é questão de ordem pública (CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit., p. 434 e 435).

A solução, porém, pode ser outra se, no caso concreto, em juízo de ponderação, o magistrado concluir que a produção da prova revela-se desnecessária ou excessiva, em razão de fato superveniente à decisão que a deferiu – como, por exemplo, no caso de a outra parte confessar que os fatos afirmados pelo autor são verdadeiros.

E mais: pode o juiz indeferir a produção de uma prova e, não havendo recurso contra sua decisão, voltar atrás, autorizando sua realização? A resposta, aqui, deve pautar-se no mesmo raciocínio. A princípio não seria possível, em nome da segurança jurídica, mas, a ocorrência de um fato novo pode tornar a prova necessária.

DANIEL ASSUMPÇÃO discorda. À luz do art. 130, CPC, não vê óbice a essa atitude do juiz. Estaria ele autorizado a determinar a produção de qualquer prova de ofício, a qualquer momento. O objetivo da norma é que forme sua convicção da forma mais o completa possível, seja quando for. “Nem um eventual prejuízo à parte que não pediu a produção daquela prova poderá servir de crítica a esse entendimento, já que, considerando o processo como de interesse público e não somente de interesse das partes, a decisão justa é o que se procura na demanda judicial. Se necessária a produção de determinada prova para a melhor solução, não resta dúvida de que deve ser produzida. Não se pode aqui falar em perda de direito da outra parte em não ver aquela prova ser trazida aos autos, já que tal direito não pode prevalecer quando comparado com a busca pela melhor e mais perfeita prestação jurisdicional”.²⁷⁹

Por fim, questiona-se: tendo sido a prova determinada de ofício, pode o juiz desistir de sua produção? E determinada dada prova a requerimento da parte, pode ela voltar atrás e desistir de sua produção? Na verdade, pouco importa de quem partiu a iniciativa de suscitar a necessidade de realização da prova – do juiz ou das partes –, o que importa é que, uma vez deferida, confere-se às partes o direito de vê-la coletada – inclusive em razão do princípio da comunhão da prova –, que não pode mais ser suprimido, ressaltando-se a ocorrência de fato novo²⁸⁰ ou a expressa anuência de ambas as partes e do juiz.

16. NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS SOBRE PROVA

Tema dos mais controvertidos na dogmática jurídica é o da natureza jurídica das normas do direito probatório: normas materiais ou processuais? A discussão não é meramente acadêmica: a importância prática é manifesta, notadamente

279. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 270.

280. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, cit., p. 771-772.

no que diz respeito à aplicação da lei no tempo, diferente conforme se trate de norma material ou processual,²⁸¹ ou da competência legislativa.²⁸²

Em nosso ordenamento jurídico a prova é disciplinada por normas materiais e por normas processuais. O direito material disciplina a essência das provas: identifica-as, revelando sua admissibilidade, seu valor, seus efeitos. Já o direito processual rege a forma de sua produção em juízo: a iniciativa probatória, o momento, o lugar, as formalidades etc.

Bem expôs o problema AMARAL SANTOS, em seu tratado:

“Na sistemática do direito brasileiro, que no tocante se filia ao sistema do direito francês, belga e italiano, os princípios referentes à prova se incluem no direito material e no direito formal. Entram na esfera do direito civil a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade. Ao direito processual cabe estabelecer o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo. Daí as disposições relativas à essência das provas, à sua admissibilidade, aos seus efeitos, às pessoas que devem ministrá-las, por isso que pertencem ao direito substancial, estarem incluídas nos códigos de direito privado, como no Código Civil, arts. 129 e 144, enquanto que as regras propriamente relativas ao modo, tempo e cautelas da sua constituição e produção se acharem indicadas no Código de Processo Civil, arts. 208 a 262 e outros”²⁸³.

Segundo informa MOREIRA ALVES, fora esta a orientação que o Projeto de Código Civil quis seguir, embora, assuma, não seja fácil estabelecer a linha divisória precisa.²⁸⁴ Daí a importância de observar que a questão da natureza da norma sobre prova não se resolve topologicamente. Não é por estar inserida no Código Civil que será norma material; e não é por estar contida no Código de Processo Civil que será norma processual. É o teor da norma que definirá sua natureza, não a sua localização. Ora, o art. 366 do CPC, por exemplo, contém norma material – tanto que há dispositivo sobre a matéria no CC (arts. 108 e

281. A própria classificação das normas em materiais ou processuais já é problemática: “Nem sempre é fácil determinar a melhor localização de tal ou qual dispositivo, e o legislador se deixa guiar muitas vezes por critérios que variam de um país para outro, ou que relegam a plano inferior preocupações de índole científica. Daí a ocorrência de intromissões e de superposições: regras pertinentes ao direito civil insinuam-se em códigos processuais, ou vice-versa (a doutrina chama-lhes heterotópicas), ou então certos assuntos se vêem tratados a um só tempo no Código Civil e no Código de Processo Civil”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Código Civil e o direito processual”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Edições JUSPODIVM, 2006, p. 91-92).

282. Todos os aspectos da discussão são tratados por REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHA, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 1, cit., p. 345-352; MELEND, Santiago Sentis. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJE, 1967, t. 1, p. 553-556.

283. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, p. 47. O autor referia a dispositivos do CPC-39; atualmente, arts. 332-443, CPC-73.

284. ALVES, José Carlos Morcira. *A parte geral do Projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 159.

215). Também o art. 401, CPC, traz preceito material, não obstante previsto em codificação processual – também havendo outro correlato no CC (227).²⁸⁵

Malgrado a polêmica, o tratamento da prova pelo Código Civil, não somente pelo fato de ser tradição em nosso direito, tem a sua utilidade: direciona-se também à prova extrajudicial,²⁸⁶ além de delimitar, como na hipótese da escritura pública, a forma de certos atos/negócios jurídicos.²⁸⁷ E quando a lei exige determinada forma, é por ela que se deve provar o ato/negócio. O testamento particular, por exemplo, somente pode ser provado por escrito (“forma escrita”, art. 1.876, CC/2002).

Não se pode confundir forma do ato jurídico com a sua prova. Bem fez o legislador do novo Código Civil ao extremar as duas noções, reservando título próprio para o regramento da prova dos fatos jurídicos.²⁸⁸ Indiscutível, porém, o vínculo que se mantém entre a forma e a prova, notadamente quando a lei impõe forma especial ao ato jurídico – caso em que a prova deve dar-se por esta “forma” legalmente estabelecida, como dito.²⁸⁹ Aliás, esse é o sentido da ressalva feita na parte inicial do art. 212 do CC-2002: “Salvo o negócio a que se impõe forma especial...”.

285. LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27-29.

286. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil*. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>, consultado em 24.11.2002. Sobre a prova fora do processo, v., com bastante proveito, o belíssimo trabalho de REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985, p. 105-110.

287. “...o requisito ou a forma do ato jurídico, que é matéria de direito substantivo, opera decisivamente na produção da prova, que é matéria de direito adjetivo, eis que aquele opera sobre esta no sentido de que esta não pode ser feita senão em harmonia com a prova preestabelecida para o ato...” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, n. 5, p. 48).

288. Também elogiando a mudança, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 438.

289. “Assim, se a prova do ato jurídico é condição da existência da relação de direito, deve-se buscá-la segundo as prescrições do direito substantivo. Como se prova o casamento? Como se prova o domínio?” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no cível e comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 1, n. 5, p. 47).

CAPÍTULO II

DEPOIMENTO DA PARTE

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Espécies: o depoimento por provocação e o interrogatório – 3. Depoimento do *presentante* e do *representante* – 4. Recusa de depor; 4.1. Noção; 4.2. Escusa de depor; 4.2.1. Noção; 4.2.2. Direito ou dever de silêncio; 4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes; 4.2.4. Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional; 4.2.5. Outras hipóteses expressas, em que se reconhece o direito ao silêncio, previstas no Código Civil (art. 229); 4.2.6. Regra geral de escusa – 5. Procedimento do depoimento.

1. NOÇÕES GERAIS

O *depoimento pessoal* ou *depoimento da parte* é “o conjunto de comunicações (julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas, como esclarecimentos de que se sirva o juiz para seu convencimento”¹. Trata-se de *meio de prova* que se vale da *parte* como *fonte* de prova. *Parte*, aqui, é termo que deve ser compreendido em sentido estritamente processual: autor, réu, assistente, denunciado, substituto processual, oponente etc.

Como lembra MAURO CAPPELLETTI, a *parte* pode ser qualificada como a melhor *fonte de prova*, quando não a única, em razão das informações que possui, não obstante, em razão dos seus interesses pessoais, possa ser considerada a *fonte de prova* menos *confiável*.

O *depoimento da parte* justifica-se como meio de prova que efetiva o princípio da oralidade na colheita das provas, colocando as partes em contato imediato com o magistrado que julgará a causa (lembre-se que o magistrado que concluir a colheita da prova oral deve julgar a causa, nos termos do art. 132 do CPC³). O magistrado “poderá das atitudes deste (sujeito da prova), da maneira pela qual responde, da natureza e das circunstâncias dos fatos narrados, ou da justificação da negativa dos fatos arguidos, encontrar manancial precioso para a formação de sua convicção”⁴.

-
1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 303.
 2. *El testimonio de parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, v. 1, p. 4.
 3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 302; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3, p. 448-449.
 4. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 141.

É mais correta a designação *depoimento da parte*, em vez de *depoimento pessoal*, opção do CPC, “porque são pessoais os depoimentos das testemunhas e a confissão em depoimento da parte pode ser por procurador”⁵.

O comparecimento da parte para depor é um *dever* que decorre do art. 340, I, CPC: “Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I – comparecer respondendo ao que lhe for perguntado”.

2. ESPÉCIES: O DEPOIMENTO POR PROVOCAÇÃO E O INTERROGATÓRIO

O sistema brasileiro seguiu o modelo italiano: há duas espécies de depoimento da parte, o *depoimento por provocação* e o *interrogatório*.

Há o *depoimento da parte por provocação*, requerido pela parte adversária, realizado na audiência de instrução e julgamento e determinado sob pena de confissão ficta (art. 343, § 1º, CPC), caso a parte *se recuse*⁶ ou *não compareça para depor* (art. 343, § 2º, CPC): tomar-se-ão por confessados os fatos afirmados em desfavor da parte que deveria ter-se apresentado para depor. A *confissão ficta*, neste caso, embora tenha natureza jurídica de *sanção*, será valorada pelo magistrado como se *confissão real* fosse (sobre a possibilidade de valoração judicial da *confissão*, ver o próximo capítulo, que é dedicado exclusivamente a esse meio de prova), inclusive podendo afastá-la, acaso os fatos *fictamente confessados* sejam *inverossímeis*.⁷

A parte deve ser intimada *pessoalmente*, com expressa menção, no mandado, à pena de *confissão ficta*, sob pena de nulidade do ato que aplicar essa sanção⁸.

A parte não pode requerer o *seu próprio* depoimento. As *declarações* de uma parte, contudo, podem servir como meio de prova em seu *favor*, na medida em que reforcem a convicção do magistrado⁹.

O *interrogatório*, no processo *penal*, é encarado como um meio de *defesa* do *acusado*¹⁰, o que reforça a argumentação de que as declarações do *depoente* podem

5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., t. 4, cit., p. 303. MAURO Cappelletti, em sua monumental obra a respeito do assunto, também denomina o instituto de testemunho (depoimento) da parte (*El testimonio de parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Libreria Editora Platense, 2002, 2v).
6. “A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas, sem motivo justificado”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 58.)
7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., t. 4, cit., p. 310.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed., cit., p. 58.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 304.
10. Ver, por exemplo, dentre outros, LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 231; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de.

beneficiar-lhe. No processo penal, porém, há o *direito ao silêncio*, com todo o conteúdo da cláusula do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a manifestar-se), conduta que *lá* não pode implicar prejuízo ao réu¹¹. No direito processual civil também há o direito ao silêncio, que torna lícita a recusa de depor, em hipóteses adiante examinadas.

Há, também, o *interrogatório*, determinado *ex officio* pelo magistrado, em qualquer estágio do processo, inclusive em instância recursal¹², não sendo possível, neste caso, entretanto, cominar a pena de *confissão ficta* para o caso de *não-comparecimento* ou *recusa* (art. 342, CPC)¹³. A doutrina costuma não considerar o *interrogatório* como um meio de prova propriamente dito, mas, na verdade, um instituto cujo objetivo é o de esclarecer o magistrado sobre fatos da causa. Porém, convém apontar, “é sempre possível que dele extraia o juiz algum elemento de prova, a ser usado para formar sua convicção sobre os fatos articulados no processo”¹⁴.

Admite-se mais de uma convocação da parte ao interrogatório, bem como, por não visar à confissão, se permite a convocação de incapaz para depor. Como o *interrogatório* visa ao esclarecimento dos fatos, a princípio não há utilidade na ouvida, nesta condição, de representantes ou presentes de pessoa jurídica, leia-se “que não tenham conhecimento dos fatos”¹⁵.

Em ambos os casos, a *confissão provocada* pode surgir, e é sempre essa a razão de ser última de qualquer depoimento da parte. A diferença é que, no *interrogatório*, a *confissão* não pode ser prevista como sanção ao não-comparecimento ou à recusa a depor, condutas que podem ser avaliadas como *abusivas*, ficando a parte suscetível de punição por litigância de má-fé (art. 17 do CPC) e, para

Curso de processo penal. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 379 e segs; DUCLERC, Elmir. *Curso Básico de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 2, p. 252 e segs.

11. Art. 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. *Parágrafo único*. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.
12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., t. 4, cit., p. 304. Sobre a produção de provas em tribunal, ver item específico sobre o tema no v. 3 deste *Curso*.
13. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed., cit., p. 58; LOPES, João Batista. “O depoimento pessoal e o interrogatório livre no processo civil brasileiro e estrangeiro”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1979, n. 13, p. 97-98; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 36. Em sentido contrário, admitindo a fixação da pena de confissão no interrogatório, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 305.
14. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 35.
15. Sobre todas essas questões, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 40-41.

alguns autores, até mesmo a pena por crime de desobediência (desrespeito ao art. 340, I, CPC)¹⁶.

3. DEPOIMENTO DO *PRESENTANTE* E DO *REPRESENTANTE*

Discute-se, bastante, se o *depoimento da parte* é ato personalíssimo ou se pode ser praticado por *representante*.

Não é possível o *depoimento pessoal* do representante do incapaz, que, se depuser, o fará na condição de testemunha¹⁷.

Já em relação às pessoas jurídicas, o problema ganha maior vulto.

É preciso distinguir o *representante* da pessoa jurídica (o preposto, p. ex.), do seu *presentante*, que é órgão da pessoa jurídica que a torna presente, indicado no seu estatuto social. O *presentante* é a pessoa jurídica, que, se for convocada a depor pessoalmente, será *presentada* por ele. O problema é que o *presentante* age de acordo “com os limites do ato constitutivo da pessoa jurídica (ou em suas posteriores deliberações). E não se concebe preveja o ato constitutivo de empresa poderes ao ‘presentante’ legal para depor sobre tais ou quais fatos. Não tem, por isso, o ‘presentante legal’ da pessoa jurídica poderes de ‘apresentação’ dela, no que diz respeito à declaração sobre fatos por ele (‘presentante’) observados”¹⁸.

Já o *depoimento* da pessoa jurídica pelo seu *representante*, embora não seja efetivamente um depoimento da *pessoa jurídica*, vem sendo aceito pela jurisprudência, como uma forma de permitir a ocorrência da confissão provocada, desde que o representante tenha poder especial para *confessar*:

Ponderam MARINONI e ARENHART: “Ocorre, porém, que bem analisada a situação, observa-se que a confissão ocorrida nesses casos não deriva do depoimento de parte. A participação do representante no processo traz o único objetivo de apresentar a confissão, que já ela é desejada pela pessoa jurídica. O representante judicial (ou mesmo o preposto) da empresa apenas vem a juízo, prestar o ‘depoimento pessoal’,

16. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 37.

17. “Ora, se o representante não é parte, parece claro que não pode ele ser sujeito do depoimento pessoal. Isso se justifica, na medida em que não se pode confundir a condição de representante com a de parte – pena de admitir-se o depoimento pessoal também do pai do menor, do curador do enfermo, do mandatário etc.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 30.).

18. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 32.

como veículo para apresentar a confissão, pois para tanto obteve mandato com poderes específicos”¹⁹.

De todo modo, mesmo admitido o *depoimento pessoal por representante*, é preciso que este tenha conhecimento dos fatos, sob pena de tornar o procedimento probatório inútil ou irrazoável/desproporcional a aplicação da pena de confissão ficta em razão do seu silêncio.

4. RECUSA DE DEPOR

4.1. Noção

A recusa de depor tanto pode caracterizar-se pela negativa direta e frontal, como pela simples omissão em responder ou pelo recurso a evasivas. Nestes casos, cabe ao órgão judicial verificar se a atitude da parte há de ser considerada como recusa, devendo esclarecer na sentença as suas razões (art. 345 do CPC)²⁰ e, assim, aplicar a sanção da confissão ficta.

4.2. Escusa de depor

4.2.1. Noção

Há, contudo, situações em que é lícita a recusa de depor: são hipóteses em que se admite a *escusa de depor*.

O sistema prevê as hipóteses que legitimam a recusa de duas maneiras: há uma regra geral de atipicidade da escusa de depor (art. 345), exigindo como pressuposto apenas a justiça do motivo, e há situações específicas, já qualificadas pelo legislador como justas para autorizar o silêncio (art. 347, CPC, e art. 229, CC).

Cabe ao magistrado o controle da licitude da recusa, que examinará o preenchimento dos pressupostos legais que a autorizam.

4.2.2. Direito ou dever de silêncio

O direito ao silêncio (direito de recusar-se a depor sobre determinados fatos e direito de não ser interrogado sobre eles) é, em certas situações, um *dever*: nas hipóteses em que o direito ao silêncio decorre da proteção constitucional e penal ao sigilo profissional, o depoente não tem apenas o direito de recusar-se a depor: tem o dever de fazê-lo.

19. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 31.

20. Art. 345 do CPC: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

Nos demais casos (relações de família e amizade), o depoente pode abrir mão do seu direito de escusa²¹.

É preciso anotar, porém, que, abrindo mão do seu direito de calar, não pode o depoente mentir, conduta desleal inadmissível²². O dever de dizer a verdade (art. 14, I, CPC) convive com o direito de calar, mas é incompatível, obviamente, com o direito de mentir. A parte tem o direito de calar, mas não tem o direito de mentir. A mentira em juízo é ilícito processual civil (*litigância de má-fé*, art. 17, II, CPC). Trata-se de conduta vedada, que pode ser punida com multa, conforme o art. 18 do CPC. Não é, porém, conduta *criminosa*, pois inexiste o crime de perjúrio, salvo se afetar terceiro, o que configuraria outro crime, como a *denúnciação caluniosa* (art. 339 do Código Penal). Não se pode confundir essa conduta com a do crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), que não pode ser cometido pela *parte*.

4.2.3. Direito ao silêncio em relação a fatos criminosos ou torpes

A parte não é obrigada a depor: *a)* sobre fatos criminosos ou torpes que lhe são imputados; *b)* a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo – essa última ressalva não se aplica às ações de filiação, divórcio e de anulação de casamento (art. 347 do CPC)²³. Trata-se de regras que prestigiam o direito à autopreservação.

Note que, à semelhança do que acontece no âmbito penal, é direito da parte silenciar sobre fatos tidos por criminosos que lhe sejam imputados (*direito ao silêncio*) no âmbito civil. Trata-se do conhecido direito contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*, ninguém é obrigado a acusar a si mesmo; *nemo contra se edere tenetur*, ninguém é obrigado a se denunciar; *nemo testis contra se ipsum*, ninguém testemunhe contra si mesmo).

“...o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* passou a ter significados distintos, relacionados entre si: *a)* um direito genérico a não se auto-incriminar (*privilege against self-incrimination*); *b)* um direito de não ser interrogado pelo juiz (*right not to be questioned*); e *c)* um direito de, quando interrogado, se manter em silêncio (*right to silence*)”²⁴.

21. LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 591; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 96-97.

22. No processo penal, há quem reconheça o direito de o depoente (acusado) mentir, como conteúdo da cláusula *nemo tenetur se delegere* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 486; LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 233).

23. Art. 347 do CPC: “A parte não é obrigada a depor de fatos: I – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”.

24. COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 262.

LUIGI FERRAJOLI, quando examina o assunto no direito processual penal, identifica como conteúdo desta garantia (que ele prefere denominar de *nemo tenetur se detegere*, ninguém é obrigado a se manifestar, mais abrangente que as outras designações) os seguintes direitos, dentre outros que neste momento não interessam, pois mais afetos ao processo penal: *a)* direito ao silêncio; *b)* proibição de tortura e de utilização de técnicas de manipulação da psique (drogas ou hipnose) para a obtenção da confissão; *c)* direito a ser acompanhado por um advogado durante o depoimento²⁵.

No processo civil, garante-se, pois, também o direito ao *silêncio* em relação a fatos tidos por criminosos (art. 347 do CPC e art. 229 do CC).

O direito ao silêncio sobre fatos criminosos tem natureza de direito fundamental (art. 5º, LXIII, CF/88). Está previsto, também, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): Art. 8º. Garantias judiciais, § 2º, “g”: “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

Há quem veja na antiga regra hebraica dos dois testemunhos (*testis unus, testis nullus*,²⁶ mínimo exigido para fundamentar uma decisão condenatória) a origem remota deste direito²⁷⁻²⁸.

25. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 486.
26. Livro de Deuteronômio, 19, 15: “Uma única testemunha não é suficiente contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido. A causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou três testemunhas”.
27. Sobre esta percepção, sem concordar ao que parece com ela, trazendo amplas referências, COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 30-32. Entendia-se que nem todo testemunho era apto a servir como prova para condenar alguém; proibia-se o testemunho de parentes. Dizia-se, então, que o acusado era seu próprio parente, e que, por tal razão, sua confissão não poderia ser aceita. Afirmava-se, ainda, que, como a vida de um homem pertence a Deus, “confessar um crime seria o equivalente a dispor de uma propriedade – o corpo – que não pertence ao acusado, e, no caso de crimes capitais, o habilitaria a cometer uma forma de suicídio”. (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, cit., p. 30, nota 4.) Justificava-se também a regra, segundo alguns, como forma de desestimular a tortura (WEINTRAUB, Melissa. “The Bar against Self-Incrimination as a Protection against Torture in Jewish and American Law”, disponível em http://www.rhr-na.org/torture/ainadammesim_short.pdf, p. 2-3, com amplas referências, consultado em 19.11.2006, às 14h41), tendo sido esta a principal razão, ao que parece, de seu acolhimento pela doutrinas liberais que propagavam as garantias processuais individuais a partir do século XVIII. De acordo com o panorama histórico traçado por João Couceiro, tendo por base a lição de Leonard Levy, a evolução do direito ao silêncio na Inglaterra, país em que teria sido consagrado primeiramente esse *right*, está relacionada à proteção das liberdades religiosa e de expressão, visto que era exercido nas acusações de heresia, cisma ou traição, fazendo parte do contexto de luta pelo reconhecimento de limitações ao poder Real e da Igreja (COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, cit., p. 67-68, nota 87).
28. Há uma explicação “econômica” para a proibição ao suicídio no catolicismo: evitar a diminuição do rebanho. Eduardo Giannetti enfrenta a questão; a lição merece transcrição literal: para as principais religiões, “a vida tal como a conhecemos não passa de um prelúdio ou rito de passagem rumo a formas de existência que transcendem o mundo dos sentidos e o corpo mortal. À renúncia e virtude nesta vida correspondem recompensas e delícias na outra. Os bons colherão os frutos (juros auferidos) ao passo que os maus arcarão como ônus (juros devidos) de seus atos, pensamentos e omissões. (...) Quando o que está em jogo é nada menos que a bem-aventurança ou tormentos *eternos*, descontar o futuro – preferir uma vida empecada agora à salvação no porvir – equivaleria a uma rematada falta de senso. (...) E mais: dependendo dos termos de troca entre presente e futuro (os juros da transação), a própria existência terrena deixa de ter qualquer valor relevante, a não ser como meio

Sucedem que essas previsões restringem-se ao âmbito do processo penal. No direito brasileiro, o direito ao silêncio sobre fatos criminosos no âmbito civil está previsto apenas no nível infraconstitucional²⁹. Essa constatação, porém, não diminui sua importância: estendê-lo ao âmbito civil parece corolário inevitável da garantia constitucional, pois, de fato, não faria muito sentido permitir que, no civil, o sujeito fosse obrigado a depor sobre fatos havidos como criminosos, conduta que certamente teria alguma influência na formação do convencimento do juiz penal³⁰.

É importante frisar, ainda, que o direito ao silêncio sobre fatos criminosos abrange não só os fatos constitutivos da demanda, mas também fatos simples ou secundários. É o que acontece quando a pessoa, inquirida sobre um fato qualquer, para dizer a verdade precisa afirmar a existência de um fato criminoso, como acontece quando alguém, perguntado sobre a sua profissão, deva declarar, por ser a verdade, que lida com trabalho ilícito (agiotagem, rufianismo etc.)³¹.

Há, ainda, o direito ao silêncio sobre fatos torpes (*nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, ninguém é obrigado a manifestar-se sobre a própria torpeza), que, à semelhança do primeiro, tem origem remota, podendo ser encontrado nas Ordenações Manuelinas e Filipinas (Liv. III, Tít. LIII, 11), bem como no Regulamento n. 737/1850 (art. 208, § 1º).

ou instrumento do que virá. A natureza essencialmente econômica do contrato 'renúncia agora, paraíso depois' não passou despercebida dos primeiros teólogos cristãos. (...) Quando a recompensa futura esperada é infinita, não há sacrifício ou renúncia que não pague a pena. Ao se comparar tudo o que a vida terrena promete a quem nela transita, de um lado, e o paraíso beatífico por toda a eternidade, de outro, como hesitar? A morte antecipada — desde que 'santa' — se torna a solução racional da equação intertemporal. (...) A proliferação do martírio e a prática do suicídio coletivo se tornaram uma ameaça de tal ordem ao rebanho que as autoridades religiosas se viram compelidas a intervir. Somente a partir daí, no século IV d. C., é que se declarou o suicídio um 'pecado mortal', capaz de condenar à danação eterna quem o pratica. (...) A violenta subida nos juros — nesse caso 'as labaredas do inferno' — foi a saída encontrada para esfriar a impaciência e o ardor dos fiéis. O paraíso requer paciência". (GIANNETTI, Eduardo. *O valor da palavra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 118-120).

29. COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 262."

30. "The privilege against self-incrimination may be invoked by anyone in any proceeding when confronted by a question the answer to which might expose him to criminal sanctions". ("O privilégio contra a auto-incriminação pode ser invocado por qualquer um em qualquer procedimento, quando lhe for dirigida uma pergunta cuja resposta pode expor o depoente a sanções criminais", tradução livre; SMIT, H. "Constitucional guarantees in civil litigation in the United States of America". Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973, p. 462.)

31. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90. Arrematam os autores: "Neste caso, não se imputa à pessoa a prática de fato ilícito — não havendo, portanto, a incidência da regra do art. 347, I — mas a resposta a ser dada (em função do dever de veracidade e completude) certamente indicará a prática, pelo depoente, de atividade ilícita e sujeita a sanção criminal". (cit., p. 90, nota 114).

4.2.4. *Direito ao silêncio sobre fatos relacionados à vida familiar ou à atividade profissional*

Como no juízo cível é possível a discussão de um sem-número de fatos, muitos deles não-criminosos, foi preciso regram o direito ao silêncio em relação a esses últimos. Em juízo de ponderação, o legislador entendeu por bem reconhecer o direito ao silêncio, no âmbito cível, apenas em certas situações, relacionadas, ou à proteção da intimidade, da vida e do patrimônio do depoente, ou à natureza da sua profissão.

Reputa-se legítima a recusa de depor quando se tratar de fato que diga respeito ao *sigilo profissional*, ou que envolva *situação relacionada ao estado da pessoa* (salvo em ações de filiação, divórcio ou anulação de casamento).

Embora a ressalva em relação às ações de família esteja no parágrafo único do art. 347, o que poderia conduzir à interpretação de que se refere à totalidade do art. 347, a melhor interpretação é aquela que o relaciona apenas aos fatos relacionados ao estado da pessoa, mais especificamente às ações de família.

O segredo profissional é bem jurídico de alta relevância (inclusive penal: art. 154 do Código Penal). A proteção do sigilo é, ainda, direito fundamental (art. 5º, XIV, CF/88)³². Essa proteção visa resguardar o equilíbrio das relações sociais, notadamente o valor *confiança*, indispensável à ética dessas mesmas relações. É o caso do médico, advogado (art. 7º da Lei Federal n. 8.906/1994), jornalista, padre, juiz, membro do Ministério Público, enfermeiro, psicólogo etc.³³ Bem examinado o problema, a recusa de depor, neste caso, antes de um direito é um *dever* do depoente³⁴. Trata-se de tutela civil de um bem jurídico penal e de um direito fundamental.

Convém anotar que é crime de responsabilidade “revelar negócios políticos ou militares, que devam ser mantidos secretos a bem da defesa da segurança externa ou dos interesses da Nação” (art. 5º, n. 4, Lei Federal n. 1.079/1950). Trata-se de hipótese em que também é legítima a recusa de depor, que no caso também se apresenta como um *dever* do depoente.

Como todo direito fundamental, o direito à proteção do sigilo profissional pode, em certas situações, ceder a outro direito fundamental, aplicado o princípio

32. “XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

33. Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 480.

34. Assim, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, cit., p. 481.

da proporcionalidade. Admite-se, por exemplo, a quebra do sigilo médico para revelação de maus-tratos a menores (protegidos constitucionalmente: art. 227 da CF/88) ou para favorecer o próprio paciente (entrega do seu prontuário para que se tomem providências com o objetivo de salvar-lhe a vida)³⁵.

Aliás, o próprio texto do Código Penal permite a revelação do sigilo havendo *justa causa*, que será examinada pelo magistrado no caso concreto.

Dispensa-se o sigilo, também, quando o beneficiário do segredo libera o profissional de seu dever, permitindo a sua revelação³⁶.

4.2.5. Outras hipóteses expressas, em que se reconhece o direito ao silêncio, previstas no Código Civil (art. 229)

O art. 229 do Código Civil traz outras hipóteses em que se considera *a priori* como legítima a recusa de depor:

“Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

Note que o inciso I repete a hipótese já prevista no inciso II do art. 347 do CPC.

O inciso II do art. 229 do Código Civil é hipótese nova, em que o legislador, considerando a proteção da honra do depoente, ou de pessoas que lhe são próximas, permite a escusa de depor. Perceba que o CPC já permitia a recusa de depor em relação a fatos *torpes* imputados ao *depoente*. A redação do CC é mais abrangente por referir-se a “desonra”, que tem sentido mais amplo do que “torpe”, além de permitir a recusa para a proteção da honra de terceiros.

Há precedente semelhante no inciso I do art. 406 do CPC, que cuida da recusa de depor como testemunha, que não prevê, porém, a recusa em razão da amizade e restringe o parentesco em linha colateral até o segundo grau³⁷. Neste ponto, a legislação processual foi revogada pela legislação civil, que, como lei posterior, substitui a anterior.

“É para evitar uma autêntica desumanidade – quer por revelar uma mazela moral, quer por induzir a testemunha a não desvendar a verdade – é que, quando está em

35. Para os exemplos, TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1, cit., p. 483.

36. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 555.

37. Art. 406 do CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau”.

jogo a honra do depoente ou das pessoas que lhe são caras, a lei o dispensa de testemunhar”³⁸.

O inciso III do art. 229 do Código Civil também inova, ampliando o direito ao silêncio: agora, é lícita a negativa de depor quando o depoimento puder expor o depoente, parente em grau sucessível, cônjuge ou amigo íntimo a perigo de vida, demanda ou dano patrimonial imediato.

A inovação, como se vê, aparece em dois aspectos.

Em primeiro lugar, amplia o rol das pessoas protegidas pelo silêncio. Pela redação do CPC, protege-se a pessoa do depoente; pelo texto do Código Civil, a recusa de depor justifica-se como forma de proteção de qualquer parente em grau sucessível (ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau), cônjuge (e, por consequência, companheiro³⁹) ou amigo íntimo.

Em segundo lugar, permite-se a negativa se o depoimento puder expor qualquer destes sujeitos a *perigo de vida, demanda ou dano patrimonial imediato*. Se a proteção à vida justifica-se, é difícil compreender a razão da dispensa nas outras hipóteses. “Evidentemente, em toda demanda *patrimonial*, a parte corre o risco de sofrer dano patrimonial imediato, já que esta é a finalidade da demanda”⁴⁰. Assim, em todo processo cujo objeto litigioso envolve direito patrimonial, a recusa de depor seria legítima. Mas não é só. Como em todo processo, patrimonial ou não-patrimonial a relação jurídica discutida, sempre há a possibilidade de a parte vencida ser condenada a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, sempre haveria a possibilidade de um *dano patrimonial imediato*, a autorizar a recusa de depor.

É por isso que a doutrina já sugeriu a interpretação *temperada* do art. 229 do Código Civil, que somente poderia ser “aplicado quando o magistrado verificar que seria *desarrazoado* exigir do sujeito o depoimento (como parte ou como testemunha), pois isto o colocaria em situação de especial sacrifício, inexigível da comunidade. Em casos outros, a regra não merece aplicação”⁴¹.

De todo modo, é preciso anotar que as regras que permitem a recusa de depor estão imbuídas de forte conotação ética, porque visam tutelar a confiança, inerente

38. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 556.

39. Neste sentido, também, TEPEIDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. 1, cit., p. 483.

40. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 101.

41. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 101.

em diversas relações profissionais e nas relações de família e amizade. São, ainda, regras que compõem a proteção da dignidade da pessoa humana⁴².

4.2.6. Regra geral de escusa

O art. 345 do CPC prevê uma regra geral de escusa de depor, ao permitir, *a contrario sensu*, que a parte possa negar-se a depor por motivo justo, a ser avaliado pelo magistrado⁴³. Trata-se, como se vê, de um conceito jurídico indeterminado, cuja concretização será investigada pelo magistrado no caso concreto.

Assim, além das expressas hipóteses em que é garantido (definidas *a priori* como autorizantes da recusa pelo art. 347 do CPC e pelo art. 229 do CC), o silêncio também é permitido em qualquer situação considerada pelo magistrado como legítima, como, por exemplo, em relação a fatos impertinentes/irrelevantes (que não podem ser objeto de prova)⁴⁴. Cria-se uma regra de atipicidade das razões da recusa, que devem ser identificadas *a posteriori* pelo magistrado. O pressuposto geral para a recusa é o de que ela seja considerada *justa* pelo órgão jurisdicional.

“Confrontando o teor deste artigo com o dos dois incisos do art. 347 conclui-se que motivos justificados não são apenas os indicados neste último, mas também outros, a ele estranhos. Se o intérprete dessas normas fizer de uma (345) consequência da outra (347), a primeira ficará inócua, o que não se pode admitir no corpo da lei. Qualquer motivo que ao juiz se afigure justificado, afóra os referidos no outro dispositivo, poderá autorizar o litigante a calar-se”⁴⁵.

5. PROCEDIMENTO DO DEPOIMENTO

Dois artigos do CPC cuidam do procedimento para a colheita do depoimento da parte.

O art. 344 determina que a parte “será interrogada na forma prescrita para a inquirição de testemunhas” (arts. 407-419 do CPC) e que é “defeso, a quem ainda não depôs, assistir ao interrogatório da outra parte”.

42. Assim, TEPEĐINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1, p. 479; LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 590-591.

43. Art. 345 do CPC: “Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor”.

44. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 90.

45. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/a, v. 4, t. 1, p. 152. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 74-75.

Embora o texto mencione apenas o interrogatório, a regra vale para ambas as espécies de depoimento da parte.

Obviamente, a aplicação da forma da colheita da prova testemunhal dar-se-á *mutatis mutandis*, não tendo sentido, por exemplo, a qualificação do depoente, que, como parte, já foi qualificado nos autos⁴⁶. Do mesmo modo, o advogado do depoente não pode formular perguntas, cabendo apenas fiscalizar a inquirição⁴⁷. O litisconsorte *unitário* não pode formular perguntas ao seu litisconsorte-depoente⁴⁸.

Interessante questão é a que diz respeito à presença da parte que advoga em causa própria: de um lado, a proibição de que uma parte acompanhe o depoimento do seu adversário, de outro, o direito da parte de fiscalizar a colheita da prova. A solução mais adequada é a de MARINONI e ARENHART:

“Assim, deverá o juiz providenciar para que à parte que advogue em causa própria, se esta assim o desejar, seja dado defensor nomeado (ou se esta preferir, poderá constituir defensor para o ato). Em não aceitando, ficará ela sem representação na audiência – ao menos até o momento em que deva depor. Isto porque a defesa da parte (ao menos em regra no processo civil) é *direito* seu, não se podendo compelir ninguém a se defender no processo; se não pretende, então, constituir defensor, nem aceita defensor dativo, e estando a parte inviabilizada de fazer-se presente ao ato (por expressa determinação legal), renuncia, implicitamente, à sua defesa, pelo que deve assumir o ônus desta opção”⁴⁹.

O art. 346 dispõe que “a parte responderá pessoalmente sobre os fatos articulados, não podendo servir-se de escritos adrede preparados; o juiz lhe permitirá, todavia, a consulta a notas breves, desde que objetivem completar esclarecimentos”.

46. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 66.

47. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 66.

48. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 68.

49. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 72. Em outro sentido, Moniz de Aragão, para quem, não aceitando a parte a nomeação de defensor dativo, não poderia o magistrado tomar o depoimento pessoal, em razão do princípio da igualdade (*Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, s/a, v. 4, t. 1, p. 150-151).

CAPÍTULO III

CONFISSÃO

Sumário • 1. Generalidades – 2. Natureza jurídica – 3. Distinções: 3.1. Confissão e reconhecimento do pedido; 3.2. Confissão e admissão – 4. Espécies de confissão – 5. Eficácia da confissão – 6. Ineficácia da confissão de quem não pode dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados – 7. A eficácia da confissão por representante – 8. Irrevogabilidade da confissão – 9. Invalidação da confissão: 9.1. Generalidades; 9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo; 9.3. O erro de fato como causa de invalidação – 10. Indivisibilidade da confissão.

1. GENERALIDADES

Há confissão quando alguém reconhece a existência de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao do seu adversário (art. 348 do CPC) ¹⁻². Trata-se de uma declaração voluntária de ciência de fato; não se trata de declaração de vontade para a produção de determinado efeito jurídico (não é, pois, um ato negocial).

“Quem confessa revela algo a alguém. No étimo de *confitere* há espelta (trigo inferior), aveia, cevada, o que nos permite ligar a *confessio* ao contacto no momento da comida, elemento necessário à comunicação íntima e sincera. Quem confessa fala junto, concorda”³.

A declaração pode ter por objeto qualquer fato, *simples* ou *jurídico*⁴ (convém lembrar o que se disse no capítulo sobre a teoria geral da prova: o objeto da prova pode recair sobre fatos jurídicos ou fatos simples).

A partir deste conceito, é possível extrair os elementos da confissão: a) sujeito declarante (elemento subjetivo); b) vontade para declarar um fato (*animus confitendi*, elemento intencional); c) fato contrário ao confitente (elemento objetivo).

O sujeito declarante é a parte. A confissão da parte, porém, pode ser trazida ao processo por um procurador com poderes especiais (ver item abaixo).

-
1. “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”.
 2. Como bem aponta HUMBERTO THEODORO JR., convém frisar que a confissão tem por objeto um fato, não uma relação jurídica. “É importante a distinção entre o reconhecimento de um fato e o reconhecimento de uma relação jurídica. O primeiro se passa no terreno da prova simplesmente, onde o que se apura é tão-somente uma declaração de ciência (isto é, do conhecimento de um determinado fato); enquanto o segundo se dá no plano negocial, já que representa uma declaração de vontade, tendente a produzir diretamente um efeito jurídico material”. (*Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v 3, t. 2, p. 417.)
 3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 4, p. 316.
 4. Em sentido diverso, entendendo que a confissão apenas recai sobre *fato jurídico*, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciário no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 13; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 319.

Não é qualquer fato que pode ser objeto de confissão. Para que a confissão exista, é preciso que se trate de fato desfavorável ao confitente e favorável ao adversário; além disso, é pressuposto da confissão que o fato seja próprio e pessoal do confitente, e não de terceiro, quando então haveria testemunho e não confissão⁵.

Para que a confissão seja eficaz, é preciso que o fato diga respeito a direito disponível e que não exija forma especial para ser provado (instrumento público ou particular)⁶. Perceba que, aqui, essas exigências dizem respeito à eficácia da confissão, e não à sua existência⁷. Declaração de ciência sobre tais fatos não pode ter a eficácia da confissão, mas poderá ser valorada pelo magistrado, de acordo com o seu livre convencimento.

2. NATUREZA JURÍDICA

A confissão é um ato jurídico em sentido estrito: ato voluntário de efeitos necessários *ex vi legis*⁸. Nessa qualidade, não é possível confissão sob condição ou termo⁹. A confissão não é um negócio jurídico¹¹.

A esta constatação é fácil chegar a partir do exame do art. 213 do CC-2002, que trata da ineficácia – e, não, invalidade – da confissão feita por quem não po-

5. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Anotações às Primeiras Linhas sobre o Processo Civil de Joaquim José Caetano Pereira e Souza*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro Editor, 1907, nota 473, p. 167.
6. FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 150-152; LIMA, Pires de, VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 315; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 142; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316-317.
7. Ver as características do fato que pode ser confessado em SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 45-49.
8. “A sua eficácia é independente da vontade do que confessa, porque não se trata de negócio jurídico; pode ocorrer ainda que não lhe tenha querido os efeitos o confitente...” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 324.) Também assim, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 257; GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 310; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 3, p. 427; FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 579-595; ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1981, t. 1, p. 663-665; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/a, v. 4, t. 1, p. 164; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ángela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2, p. 217; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 132, nota 50.
9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., t. 4, cit., p. 323.
10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 3, cit., p. 428.
11. Sobre o tema, amplamente, FREITAS, José Lebre. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 501-595. Consideram, porém, a confissão um negócio jurídico unilateral, por exemplo, NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 542.

deria dispor dos direitos a ela relacionados. Se a confissão fosse negócio jurídico, estaríamos diante de uma causa de invalidade.

O que importa na confissão não é a vontade do confitente de produzir os efeitos jurídicos dela decorrentes, mas sim a exata percepção dos fatos confessados (os efeitos jurídicos da confissão advêm direta e inexoravelmente da lei): a vontade do confitente dirige-se à declaração de um fato e não à produção de um efeito jurídico.

A confissão é, enfim, um *meio de prova*.

3. DISTINÇÕES

3.1. Confissão e reconhecimento do pedido

Exatamente porque a confissão tem por objeto um fato, distingue-se ela do reconhecimento da procedência do pedido. Neste último, o demandado aceita a pretensão (o efeito jurídico) que lhe foi dirigida pelo demandante, conduta que implicará resolução do mérito por autocomposição (art. 269, II, CPC). A confissão recai, como visto, sobre o fato contrário ao interesse do confitente¹². O reconhecimento jurídico do pedido é um negócio jurídico¹³ unilateral dispositivo.

É possível confessar um fato e negar as consequências jurídicas que a outra parte pretende retirar do fato confessado. Por exemplo: o réu confessa que inscreveu o nome do devedor em um cadastro de proteção de crédito, mas nega que essa sua conduta tenha aptidão de produzir qualquer consequência jurídica em favor da parte adversária. Nem sempre que a parte confessa, pois, ela está abdicando, com isso, da possibilidade de vitória no processo; a confissão não vincula o juiz a proferir um “pronunciamento em favor da parte beneficiada com a confissão”¹⁴. Valem aqui as considerações feitas no volume 1 deste *Curso*, sobre a possibilidade de o revel, a despeito da confissão ficta, poder sair do processo como o vencedor.

A confusão é antiga e contaminou a nossa legislação em determinados momentos (ver, por exemplo, o inciso VIII do art. 485 do CPC). O CPC/1939 não fazia a distinção expressamente, o que gerava dúvidas¹⁵. FRANCISCO AUGUSTO DAS NEVES E CASTRO conceituava confissão como “o reconhecimento expresso que a parte faz do direito da parte contrária, ou da verdade do fato por esta alegado”¹⁶.

12. Sobre a distinção, com amplas referências, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reconhecimento do pedido”. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 95, especialmente a nota 2.
13. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 2, p. n. 311, “f”, p. 595
14. COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.
15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reconhecimento do pedido”, cit., p. 100 e segs.
16. CASTRO, Francisco Augusto das Neves. *Teoria das provas e suas aplicações aos atos civis*. 2 ed. Campinas: Servanda, 2000, p. 121.

A origem do baralhamento conceitual remonta ao direito romano, em que se distinguiram a *confessio in iure* (feita perante o *pretor*, antes da instauração do processo para julgar a *actio*) e a *confessio in iudicio* (feita perante o *iudex*, já no desenvolvimento probatório para julgar a *actio*). “A primeira correspondendo ao reconhecimento pelo réu da pretensão (*Anspruch*) do autor, e a segunda, dizendo respeito, apenas, aos fatos sobre que se funda a pretensão. Ambas as confissões são irrevogáveis e têm a natureza de atos dispositivos, a primeira, como condenação pronunciada contra si mesmo, a segunda como renúncia à prova. (...) O legislador da ordenação processual civil alemã, ZPO de 1877, acolheu as duas espécies de confissão..., dando à *confessio in iure*, que tem por objeto a pretensão do autor, uma nova denominação: chamou-a de reconhecimento (*Anerkenntnis*)”¹⁷.

É possível sintetizar essas diferenças da seguinte forma:

	Confissão	Reconhecimento da procedência do pedido
Natureza jurídica	Ato jurídico em sentido estrito	Negócio jurídico unilateral
Objeto	Fato	Pedido
Efeitos	Dispensa prova do fato; gera presunção de veracidade do fato e preclusão lógica do direito de provar o contrário.	Resolve o mérito da causa

3.2. Confissão e admissão

Cumpra diferenciar a *confissão* da *admissão*.

Essa distinção tem assento, basicamente, na ideia de que a confissão é conduta *positiva* (comissiva) da parte, enquanto a admissão decorre de omissão sua. “Efetivamente, o que se observa em termos diferenciais entre a admissão e a confissão é exatamente a conduta ativa do confitente – que pratica atos, declara a ciência de **um fato** – e passiva da admissão – onde simplesmente o que ocorre é que a parte deixa de, em momento oportuno, contestar a verdade de fato afirmado pela parte adversária”¹⁸.

O procurador judicial da parte não pode apresentar a confissão da parte sem poder especial para tanto, mas pode *admitir*. “Em verdade, a distinção atinge enorme relevância, tanto que vem expressa mesmo pelo próprio CPC (art. 334, II e III). A lei atribui a cada uma de tais figuras diversas consequências jurídicas, a

17. COSTA, Moacyr Lobo da. *Confissão e reconhecimento do pedido*, cit., p. 3.

18. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 347.

iniciar pelas próprias exceções estatuídas no parágrafo único do art. 302 do CPC, casos em que o silêncio da defesa não importa em admissão (causas estas que não encontram similar em termos de confissão)”¹⁹.

A *confissão* é um ato jurídico; a *admissão* é um ato-fato. A primeira pode ser invalidada e a segunda, não, portanto.

Partindo de premissas um tanto diversas, pois considera possível a admissão expressa, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA traz as seguintes características distintivas entre a *confissão* e a *admissão*, que podem auxiliar a compreensão do tema: a) o fato admitido deve ter sido alegado pela parte contrária, o que não ocorre com a confissão; b) a admissão é sempre espontânea, enquanto a confissão pode ser *provocada*; c) a admissão somente pode ocorrer no processo; a confissão pode ser *extrajudicial*²⁰.

É possível sintetizar essas diferenças da seguinte forma:

	Confissão	Admissão
Natureza jurídica	Ato jurídico em sentido estrito	Ato-fato
Objeto	Fato deduzido por qualquer sujeito	Fato alegado pela parte contrária
Conduta	Ativa (ato): reconhecimento expresso	Passiva (omissão).
Modalidades	Espontânea ou provocada.	Espontânea (com a revelia, não impugnação específica dos fatos, não comparecimento para depor ou recusa a depor).
Origem	Judicial ou extrajudicial	Judicial
Por representante/procurador	Com poder especial	Sem poder especial
Efeitos	Dispensa prova do fato, vedando prova em contrário (preclusão lógica).	Confissão ficta. Presunção relativa de veracidade do fato, que admite prova em contrário.

4. ESPÉCIES DE CONFISSÃO

A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial*, conforme tenha sido produzida em juízo, de acordo os modos admitidos em lei, ou fora dele.

A confissão *espontânea* é aquela que surge por iniciativa do próprio confitente; a confissão *provocada* é a que resulta do depoimento pessoal da parte (arts. 342-343 do CPC). Quando a confissão espontânea é apresentada por petição, o escrivão lavrará o respectivo termo nos autos.

19. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 347.

20. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 644-645.

O art. 349 do CPC cuida do tema: “A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada. Da confissão espontânea, tanto que requerida pela parte, se lavrará o respectivo termo nos autos; a confissão provocada constará do depoimento pessoal prestado pela parte”.

A confissão pode ser *real*, que é aquela efetivamente feita pelo confitente, oralmente ou por escrito, ou *ficta*, que é a que se reputa ocorrida, embora se saiba que de fato não ocorreu, em razão da revelia, do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art. 343, § 1º, CPC) ou da recusa a depor em caso de a parte, intimada, ter comparecido à audiência (art. 343, § 1º, CPC). Perceba que a confissão ficta se trata de verdadeira ficção jurídica: embora saiba que não ocorreu (não houve a confissão), o legislador considera o fato como ocorrido.

A confissão, como dito, pode ser *oral*; nessa hipótese, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal (art. 353, par. ún., CPC). A menção à confissão verbal deve ser entendida como à confissão extrajudicial, pois a confissão verbal feita em juízo será reduzida a termo. A confissão verbal extrajudicial é permitida, mas deverá ser provada por testemunho. Sucede que, às vezes, a prova testemunhal não é permitida ou é limitada (art. 227 do CC, por exemplo), exigindo o legislador a prova literal. É preciso, então, relacionar o parágrafo único do art. 353 do CPC às regras que exigem a prova escrita²¹.

A confissão é *simples* quando se restringe à declaração de ciência do fato contrário ao confitente; é *qualificada*, quando o confitente nega os efeitos jurídicos que a parte adversária pretende obter do fato confessado; *complexa*, quando o confitente trazer ao processo fatos novos²².

5. EFICÁCIA DA CONFISSÃO

A confissão é ato jurídico que produz efeitos processuais importantes.

a) A confissão implica abdicação do direito de a parte produzir prova sobre o fato confessado. Quem confessa não pode, depois, pedir a produção de meio de prova cujo objetivo é provar a ocorrência ou não ocorrência do fato confessado.

21. Percebeu o ponto, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 168.

22. FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 205-208; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170-171; COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, TARUFFO, Michelc. *Lezioni sul processo civile*. 2 ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 544. Há variações doutrinárias sobre essa classificação, como, por exemplo, o posicionamento de MONIZ DE ARAGÃO, que considera *qualificada* “a confissão a que o confitente acrescenta fatos que lhe são favoráveis e, contrapostos ao fato constitutivo do pedido, em parte tornam ineficaz a admissão”, e *complexa* aquela em que o “confitente acrescenta fatos que são por lei considerados impeditivos, modificativos ou extintivos” (*Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, s/a, v. 4, t. 1, p. 185).

Trata-se de efeito jurídico que decorre do princípio da boa-fé processual, revelado na garantia de proibição do comportamento contraditório (proibição do *venire contra factum proprium*). Não é necessário que esse efeito tenha sido desejado, pois, como visto, a confissão não é negócio jurídico e o erro de direito não permite a invalidação da confissão.

A confissão é conduta determinante, que coloca a parte confitente em posição desfavorável dentro do processo. Por isso, no litisconsórcio unitário, a confissão somente poderá produzir algum efeito se todos os litisconsortes confessarem; a confissão isolada de um deles é ineficaz em si mesma. Já no litisconsórcio simples, a confissão é eficaz e prejudica o confitente, mas não atinge os demais litisconsortes – o que justifica o art. 350, CPC; e se a confissão de um litisconsorte simples recair sobre fato comum aos outros, só valerá para eles como testemunho.

b) A parte adversária ao confitente fica liberada do ônus da prova dos fatos que afirmou, por força do art. 334, II, do CPC, que dispensa a prova do fato confessado.

c) A confissão, porém, não vincula o magistrado, que, em razão do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC), examinará a confissão como qualquer outro meio de prova, dando-lhe o valor que, no caso, entender adequado. Não se trata de prova plena, que impede a apreciação *in concreto* do conjunto probatório²³⁻²⁴. Ademais, o magistrado pode valer-se da regra do art. 129 do CPC, e repelir a simulação das partes, que muitas vezes se esconde no depoimento confessório²⁵.

“A confissão não afasta, de modo absoluto, o livre convencimento do juiz. (...) Se ela se faz com declaração de fatos que foram alegados pela outra parte, mas em verdade são inveridicamente enunciados na confissão, seria absurdo que se obrigasse o juiz a julgar erroneamente, tanto mais quando pode ter havido erro, dolo ou coação, sem que a parte propusesse a ação de anulação”.²⁶

Como visto, a confissão não é um negócio jurídico, mas a declaração de ciência de um fato. É exatamente por isso que o magistrado pode não dar à confissão a eficácia probatória que lhe é típica. Essa é a interpretação correta que se deve

-
23. Neste sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: s/a, v. 4, t. 1, p. 164; MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 121-122.
 24. Em sentido diverso, entendendo que a confissão vincula o magistrado, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 105-107; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 368-36; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1, p. 200; ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Ángela Romero Vera (trad.). Buenos Aires: EJE, 1955, t. 2, p. 216.
 25. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 318.
 26. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 316.

dar ao art. 350 do CPC: “A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”²⁷.

Há um célebre exemplo de julgamento em que o juiz não conferiu à confissão a eficácia de prova legal, decidindo, inclusive, a favor da confitente. Trata-se do “julgamento de Salomão”, quando duas mulheres se afirmam mãe de uma criança²⁸, decidindo o magistrado por aquela que, tendo renunciado à sua pretensão, buscou salvar a vida do bebê. O caso não escapou à sensibilidade de Chico Buarque: “A mentira e a verdade / São as donas da razão/ Brigam na maternidade/ Quando chega Salomão / A razão pela metade / Vai cortar com seu facão / Vendo que a mentira chora e pede piedade / Dá-lhe a razão” (Verdadeira embolada, Francisco Buarque de Hollanda e Edu Lobo).

É inegável, porém, que o magistrado deverá, em sua fundamentação, expor as razões pelas quais não reconheceu eficácia à confissão, demonstrando, com os demais elementos probatórios constantes dos autos, a não ocorrência do fato confessado. Se não é prova legal, obstáculo intransponível, ao menos a confissão apresenta-se como uma baliza para a apreciação da prova pelo magistrado: o juiz não pode ignorá-la, se quiser não lhe emprestar a sua eficácia típica. Exatamente em razão disso, deve o órgão jurisdicional avisar ao adversário do confitente que negará eficácia à confissão, para que ele possa, assim, desincumbir-se do ônus da prova que lhe cabe – afinal, a confissão gerou na parte contrária a expectativa de que já se teria desincumbido do ônus da prova que lhe cabia.

d) O art. 353 do CPC, assim está escrito: “A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz”.

27. Veja, por exemplo, como é diferente a redação do art. 358, I, do Código Civil Português, em que se ressalta a natureza de prova legal da confissão: “A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente”.

28. “Então vieram duas mulheres prostitutas ao rei e puseram-se perante ele. E disse-lhe uma das mulheres: Ah, senhor meu, eu e esta mulher moramos numa mesma casa; eu tive um filho, morando com ela naquela casa. E sucedeu que, ao terceiro dia depois de meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; estranho nenhum estava conosco na casa. senão nós duas naquela casa. E de noite morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. E levantou-se à meia-noite e tirou meu filho de meu lado, dormindo, dormindo a tua serva, e o deitou no seu seio. e a seu filho morto deitou no meu seio. E, levantando-me pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas atentando pela manhã para ele, eis que não era o filho que eu havia tido. Então disse a outra mulher: “Não, mas o vivo é meu filho e teu filho o morto.” Porém esta lhe disse: “Não, por certo; o morto é teu filho e meu filho o vivo.” Assim falaram perante o rei. Então disse o rei: “Esta diz: ‘Este que vive é meu filho, e teu o morto’; e esta outra diz: ‘Não, por certo; o morto é teu filho e meu o filho vivo’.” Disse mais o rei: “Trazei-me uma espada.” E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: “Dividi em duas partes o menino vivo, e daí metade a uma e metade a outra.” Mas a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque as suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho) e disse: “Ah, meu senhor, daí-lhe o menino vivo e por modo alguns mateis.” Porém a outra dizia: “Nem teu, nem meu seja; dividi-o antes.” Então respondeu o rei: “Daí a esta o menino vivo e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.” E todo o Israel ouviu a sentença que dera o rei e temeu ao rei; porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça. (Bíblia Sagrada, I Reis 3, 16-28).

A primeira impressão que uma leitura apressada do dispositivo poderia causar é a de que somente a confissão extrajudicial, feita a terceiro ou contida em testamento, poderia ser apreciada livremente pelo magistrado. A confissão judicial e a extrajudicial apresentadas ao juízo vinculariam o magistrado. Não é essa, como visto, a melhor opção hermenêutica. Qualquer confissão poderá ser apreciada livremente pelo órgão judicial.

No entanto, é possível afirmar que apenas a confissão judicial ou a extrajudicial feita à parte ou a quem a represente estão aptas a produzir os efeitos típicos da confissão examinados neste item; a confissão extrajudicial contida em testamento ou dirigida a terceiro, verbalmente ou por escrito, será examinada livremente pelo magistrado, mas não produzirá os efeitos típicos do depoimento confessorio; são, então, denominadas de *confissões impróprias*²⁹.

6. INEFICÁCIA DA CONFISSÃO DE QUEM NÃO PODE DISPOR DOS DIREITOS RELACIONADOS AOS FATOS CONFESSIONADOS

A lei tratou expressamente da eficácia da confissão feita por quem não poderia dispor dos direitos relacionados aos fatos confessados; ou se seja, da confissão feita por incapaz. Trata-se do art. 213 do Código Civil:

Art. 213. “Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados³⁰. Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado”.

É importante frisar que a lei, exatamente por não se referir à validade da confissão, apenas impede que a declaração de ciência do fato adquira o *status* de confissão, com os efeitos legais dela decorrentes (arts. 334, II, e 350, ambos do CPC). Não se invalida a confissão por incapacidade; só se retira desta declaração a eficácia da confissão.

Confira-se o caso da confissão relacionada a direitos que não podem ser renunciados. A declaração de ciência do fato feita por incapaz, por exemplo, não pode assumir a natureza de confissão, mas pode ser valorada pelo magistrado de acordo com o seu livre convencimento. Apenas não se lhe pode dar eficácia confessoria; trata-se de impedimento legal de eficácia, restrito, portanto e por óbvio, ao plano da eficácia do ato jurídico. Bem o disse PONTES DE MIRANDA: “A indisponibilidade pode ser discutida; e discutida, de ordinário, é a relação jurídica

29. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 167.

30. “A confissão só é eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o fato confessado se refira” (Código Civil português, art. 352, 1).

que supõe a disponibilidade. Se a parte confessa o fato, que atingiria tal direito, de modo nenhum se há de acolher a eficácia confessória da comunicação de conhecimento, que fez a parte”³¹.

Muito a propósito – e excelente como parâmetro interpretativo – o dispositivo do art. 361 do Código Civil português (eis a rubrica do artigo: “valor do reconhecimento não confessório”): “O reconhecimento de factos desfavoráveis, que não possa valer como confissão, vale como elemento probatório que o tribunal apreciará livremente”³². E arremata PONTES DE MIRANDA: “Se a parte não pode confessar sobre o fato, o que ela disse pode ser apreciado como comunicação de conhecimento sem se poder cogitar de confissão”³³.

Permite-se, contudo, a admissão do fato (reconhecimento tácito)³⁴. Cumpre advertir, ainda, que o art. 213 do CC-2002 não menciona a expressão “direitos indisponíveis”, como o fez o art. 35 I do CPC-73, que, no caso, se encontra totalmente revogado pela nova legislação.

Um bom exemplo de confissão ineficaz é a do cônjuge, em relação a fatos que digam respeito a direitos reais imobiliários, que somente pode produzir efeitos com o consentimento do outro (art. 350, par. ún., do CPC). Esse dispositivo não se aplica aos cônjuges casados em regime de separação absoluta de bens (art. 1.647, *caput*, CC-2002). Sobre o regime jurídico da participação processual das pessoas casadas, ver o volume 1 deste *Curso*.

Pois bem.

Não é o caso de invalidar-se a declaração do incapaz de confessar, mas tão-somente de não lhe atribuir os efeitos jurídicos típicos da confissão, repita-se³⁵. Essa peculiaridade serve como mais um argumento contra a tese de que a confissão

31. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 328.

32. PRES DE LIMA e ANTUNES VARELA dão os seguintes exemplos em que pode ter lugar a aplicação deste art. 361 do Código Civil português: a) confissão feita por incapaz ou por quem não tenha poderes de disposição; b) fatos relativos a direitos indisponíveis; c) confissão de litisconsorte. (*Código Civil Anotado*, 4 ed., cit., p. 320).

33. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 318.

34. “(...) isto não implica dizer que não é viável a admissão, neste tipo de causa, pela parte, da verdade de um fato prejudicial a esta e favorável à parte adversária. Apenas significa que esta admissão não tem força de confissão; não gera, portanto, aqueles efeitos vinculativos. (...) Enfim, o que a norma impossibilita, é que a declaração da parte possa ensejar a renúncia aos demais meios de prova, ou mesmo a vinculação dela à verdade de um fato. Não se afeta, por evidente, o componente lógico da ‘confissão’, permitindo-se, assim, que o juiz se valha desta declaração para formar seu convencimento a respeito dos fatos que sustentam a afirmação de um direito”. (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 140-141) No mesmo sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 328.

35. Em sentido contrário, afirmando que “não vale a confissão feita pelo absolutamente incapaz”, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 327.

é negócio jurídico: se fosse o caso, a declaração seria inválida, por força do art. 166, I, do CC-2002.

7. A EFICÁCIA DA CONFISSÃO POR REPRESENTANTE

Regulou o legislador, por fim, a confissão feita por representante, delimitando os seus efeitos (art. 213 do CC-2002 c/c art. 349, par. ún., CPC). Só é possível a *confissão espontânea* feita por representante³⁶. Quem confessa é o representado; o representante apresentará a confissão espontânea ao magistrado: o representante é “mero condutor da manifestação de vontade declarada pelo real confitente”³⁷.

É preciso que o representante tenha poder especial para tanto (art. 38 do CPC c/c art. 349, par. ún., CPC). Na outorga do poder especial, deve o confitente indicar quais os fatos cuja confissão o representante apresentará em juízo³⁸.

O legislador deixa claro que a confissão feita por procurador sem poder especial é ineficaz como confissão (art. 116 c/c o art. 213 do CC-2002), mas pode ser levada em consideração pelo magistrado (art. 131 do CPC), bem como pode ser ratificada posteriormente³⁹.

Não se trata – a confissão feita por representante sem poder especial para tanto – de ato nulo nem anulável; é ato jurídico que vale e é eficaz apenas em relação ao representante⁴⁰.

“Mas para ser eficaz, para que assim o negócio representativo surta efeito como tal, há-de concorrer um outro pressuposto, que é ter a pessoa que age em veste de representante os necessários poderes de representação (legitimação ou autorização representativa (...)) Se exorbita dos seus poderes (se procede *ultra fines*), faltando-lhe poderes de representação para o negócio

36. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 128-129.

37. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 128.

38. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 322.

39. “A confissão feita pelo procurador sem poder especial para confessar é ineficaz; pode dar-se a ratificação, pós-eficacizando-se”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 327).

40. “A descoberta do conceito de ineficácia pelos juristas alemães, no fim do século passado, tornou evidente e pacífico perante a doutrina moderna que o contrato celebrado pelo mandatário sem poderes não é inexistente, nulo, nem anulável: é um contrato existente e eficaz entre as partes contratantes e apenas INOPONÍVEL ao mandante”. (CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Falhas no Anteprojeto de Código Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: s/e. 1974, p. 103, grifos do original.) Percebeu que a outorga de poder especial ao representante é uma questão de eficácia da confissão, e não de sua validade, ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 1, cit., p. 623.

realizado, muito embora os tivesse para outro ou outros, sempre o negócio em questão resultará ineficaz, relativamente ao representado”.⁴¹

Cumpre lembrar, ainda, que o representante legal de incapaz não pode confessar fato que diga respeito ao representado⁴², o que permite que se chegue às seguintes conclusões sobre a confissão de representante: i) confissão de representante de incapaz é sempre ineficaz; só pode ser recebida como testemunho; ii) confissão de representante de pessoa jurídica, um procurador (como o preposto, por exemplo), é eficaz se recair sobre fato que está contido no poder especial de confissão; se confessar sem poder especial, é testemunho, a ser livremente valorado pelo juiz.

8. IRREVOGABILIDADE DA CONFISSÃO

A legislação processual menciona a possibilidade de revogação da confissão (art. 352 do CPC). Trata-se de erro técnico; as hipóteses previstas como de revogação são, na verdade, de invalidação⁴³. O art. 214 do Código Civil corrigiu o problema, referindo-se expressamente à possibilidade de invalidação da confissão, e, não, de sua revogação.

A confissão é irrevogável – exatamente pela sua natureza não negocial. “Não é dado a quem confessa um fato relevante para a solução do litígio, arrepender-se da informação dada, ou reconsiderar a versão fática nela contida. Não tem ele o direito de contestar a própria confissão”⁴⁴. “A limitação da retratabilidade é elemento conceptual da confissão: não seria meio de prova se fôsse sempre possível a retratação”.⁴⁵

Invalidação não se confunde com revogação. Precisa a lição de PONTES DE MIRANDA:

“Existe o princípio da irrevogabilidade da confissão. A expressão ‘revogada’, que aparece no art. 352, bem como noutros Códigos estrangeiros, é errônea. Dever-se-ia falar de invalidação, de ação de anulação. Não há retirada da *vox*; o que acontece é que o erro, o dolo ou a coação deu causa à anulabilidade por ação de invalidade do ato confessório, ou por ação rescisória da sentença. Que em tal confissão se fundou, quer tenha sido o único, ou um dos fundamentos. (...) A confissão é definida no art. 348 como declaração da ‘verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário’, e não como declaração de vontade, que se pudesse revogar. A parte quis confessar, mas a confissão é de conteúdo de comunicação de fato, de

41. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 8ª. reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, v. 2, p. 302.

42. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v 3, t. 2, cit., p. 425.

43. Curiosamente, embora se referisse à revogação, mencionava o CPC-73 a ação de anulação no inciso I do art. 352, confirmando o baralhamento dos conceitos.

44. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v 3, t. 2, cit., p. 426.

45. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, 4 ed., t. 3, cit., p. 428.

conhecimento, e não de vontade. Pode ter ocorrido que ela quis confessar, mas errou, por ter tido como verdade o que não era. Ou que ela quis confessar e houve dolo, que a levou a isso. Ou que ela, sob violência, declarou o que não queria declarar: houve manifestação de vontade, mas atingida pela regra jurídica da invalidade, e o que se busca não é a retirada da *vox*, mas sim a anulação de todo o ato, ou a rescisão da sentença que se fundou em tal ato”.⁴⁶

A confissão pode ser anulada. Vejamos como.

9. INVALIDAÇÃO DA CONFISSÃO

9.1. Generalidades

A confissão pode ser invalidada em razão de erro de fato ou de coação (art. 214 do CC-2002).

Os meios de anulação da confissão judicial estão regulados pelo CPC, e dependem da existência de coisa julgada: a) ação anulatória (art. 486 do CPC), se ainda pender o processo em que feita a confissão; b) ação rescisória (art. 485, CPC), se já houver transitado em julgado a decisão nela baseada. No caso de confissão extrajudicial, a anulação dar-se-á por meio da ação anulatória, simplesmente. Deve-se lembrar que a confissão extrajudicial pode produzir os mesmos efeitos da judicial (art. 353, primeira parte, do CPC-73), o que revela a possível utilidade de sua invalidação.

“O pleito anulatório reclama a instauração de uma nova ação. Não pode o interessado provocar o exame do vício de consentimento em arguição avulsa dentro do processo em que a confissão se deu. (...) Evidenciado o caráter prejudicial da causa anulatória, cabível será a suspensão do processo anterior, se ainda não foi sentenciado (CPC, art. 265, IV, *a*), ou, conforme o estágio das duas causas, a reunião dos dois feitos, por conexão, a fim de serem julgados por sentença conjunta (CPC, art. 105)”⁴⁷.

9.2. Impossibilidade de invalidação da confissão por dolo

Acolhendo sugestões doutrinárias, bem como em consonância com o direito estrangeiro⁴⁸, o legislador do novo Código Civil eliminou a possibilidade de

46. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 4, p. 323. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 80.

47. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 429.

48. Art. 2.732 do Código Civil italiano: “A confissão não pode ser revogada se não se prova que foi determinada por erro de fato ou violência”. (*La confessione (1324) non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto (1.428 ss.) ou da violenza (1.434, 1.435)*”).

invalidação da confissão por dolo, que estava prevista no art. 352 do CPC, que, no particular, está revogado⁴⁹.

Fê-lo muito bem.

Somente se justifica a invalidação da confissão por erro de fato (que é o objeto da declaração de ciência) e a coação, que “provoca uma declaração não querida pelo agente, já que aconteceu apenas em razão da grave e injusta ameaça do coator”.⁵⁰

De fato, o dolo somente é relevante para o direito privado enquanto tenha sido capaz de levar outrem a erro. A circunstância de o confitente declarar o fato por dolo de outrem somente tem relevância jurídica, para fins de invalidação, se o dolo tiver sido apto a gerar erro. Se houve dolo, mas não houve erro, não se pode invalidar a confissão. Eis a razão pela qual se preferiu a expressão “erro de fato”, como síntese da hipótese de invalidade: o que importa é a falsa percepção da realidade; se o erro foi espontâneo ou provocado, pouco importa.

Como afirma HUMBERTO THEODORO JR., “o dolo quase sempre importará a astúcia para induzir a parte a confessar o fato contrário a seu interesse, mas não necessariamente inverídico”; “por ter enganado a parte e ter-lhe provocado um prejuízo, o autor do dolo terá de indenizar a vítima de sua artimanha”.⁵¹

Do mesmo modo, não importa que o confitente tenha confessado por dolo (imaginando lucrar algo com a sua confissão, por exemplo). O motivo é irrelevante para a confissão, o que importa é o fato confessado. E, além disso, se o dolo tem por fim o erro, “como se poderá dizer iludido sobre a veracidade dos fatos quem sobre sua falsidade não tinha ilusão alguma?”⁵²

Resumiram o tema MARINONI e ARENHART, apontando, à época, a necessidade de alteração do nosso sistema:

“Pois, no campo da confissão, a mesma ideia se apresenta. O dolo – indução por terceiro a uma declaração – de forma alguma pode constituir elemento suficiente para ensejar a anulação da confissão obtida, salvo quando lograr gerar erro na vontade do confitente. É bom lembrar que a confissão provocada, em essência, não deixa de ser, muitas vezes, uma forma de se obter a confissão de alguém por meio de expediente astucioso, capaz de determinar que alguém pratique ato (declaração de ciência), prejudicial a si e favorável a outrem”.

49. Em sentido contrário, admitindo a invalidação da confissão por dolo, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 1, p. 414-415; NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 544.

50. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. v. 3, t. 2, cit., p. 428.

51. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. v. 3, t. 2, cit., p. 428.

52. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Kofino editor, 1947, v. 2, p. 279.

“Equivocado, portanto, pensar que o dolo pode ter alguma relevância, para atingir a anulação da confissão obtida. Apenas quando este dolo foi hábil a gerar erro no confitente, determinando-lhe falsa percepção da realidade, é que verdadeiramente se poderá anular o ato”. (...)

“De outra parte, a possibilidade de se invocar o dolo quanto ao motivo do ato, é questão absolutamente impertinente em matéria de confissão; nesta, já se disse, o motivo que faz com que a parte confesse é totalmente irrelevante e despidendo, bastando o fato objetivo da confissão”.⁵³

9.3. O erro de fato como causa de invalidação

Menciona o CPC-73 a possibilidade de invalidação da confissão por erro. Como não havia especificação quanto ao tipo de erro, se de fato ou de direito, especulava-se na doutrina a possibilidade de anulação deste ato jurídico por ambas as espécies de erro, inclusive o de direito⁵⁴⁻⁵⁵.

O art. 214 do CC-2002 menciona apenas a possibilidade de invalidação da confissão por *erro de fato*; ao reproduzir o art. 2.732 do CC Italiano, o legislador pôs fim à controvérsia, consagrando a posição da maioria (“quase sem opositores”)⁵⁶: só é possível invalidar-se a confissão se houver erro de fato. Seguiu, assim, a linha da tradição de nosso Direito de admitir a invalidação da confissão apenas por erro de fato⁵⁷. Corrigiu-se, portanto, a omissão do texto do CPC-73.

As razões são muito simples e vêm sendo repetidas pelos autores desde a época em que se fazia a exegese das Ordenações do Reino de Portugal: a) a confissão é a declaração de ciência de um fato, e não um reconhecimento de incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto; b) o erro de direito não destrói a verdade do fato, não podendo desfazer a prova feita pela confissão, pois o fato

53. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 147-149. Também neste sentido, COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: José Kofino editor, 1947, v. 2, p. 279.

54. Sobre a discussão, com a exposição dos adeptos deste ou daquele posicionamento, ver amplamente SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 2, p. 289-293.

55. “Ocorre erro de fato quando o agente ignora ou se engana sobre a realização dos fatos, cuja existência é necessária à formação da relação de direito; ocorre erro de direito quando, sem embargo da ciência dos fatos, o agente ignora a eficácia que a lei lhes atribui de produzir um efeito de direito”. (AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 289-290).

56. Expressão de SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, cit., p. 290. PESTANA DE AGUIAR entendia possível anulação de confissão por erro de direito, e até mesmo elogiava a redação do CPC-73, pois dava margem a interpretações neste sentido: *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 1977, v. 4, p. 153.

57. Art. 231, CPC-39. “A confissão produzirá efeitos em relação apenas ao confitente e a seus herdeiros e não prejudicará os litisconsortes, podendo ser retratada por erro de fato até o julgamento definitivo da causa, ou, em qualquer tempo, em ação direta, quando obtida por dolo ou violência”. Também neste sentido: art. 157, Regulamento 737/1850; art. 257, Código de Processo Civil de Pernambuco; art. 169, Código de Processo Civil do Estado da Bahia; art. 281 do Código de São Paulo; art. 270 do Código de Minas Gerais.

confessado não deixa de ser existente porque o confitente desconhecia as suas consequências jurídicas⁵⁸; c) tratar-se-ia de verdadeira *contradictio in adiecto*, pois se de confissão se trata, não é possível haver erro de direito⁵⁹; d) o erro de direito somente é relevante para a invalidação do ato jurídico quando, não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico (art. 139, III, CC-2002);⁶⁰ assim, como são irrelevantes os motivos da confissão, conforme visto em item precedente, não se poderia invalidar este ato jurídico por erro de direito⁶¹ – e, ademais, a confissão não é negócio jurídico.

10. INDIVISIBILIDADE DA CONFISSÃO⁶²

A confissão é indivisível, assim dispõe o art. 354 do CPC: “A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável”.

Como bem explica OVIDIO BAPTISTA, “não se trata propriamente de indivisibilidade da confissão, mas do depoimento ou declaração prestada pela parte que contenha uma confissão. As declarações desfavoráveis ao adversário do confitente, por definição, não podem ser consideradas confissões”⁶³. AMARAL SANTOS vai além: o adversário do confitente, para aproveitar-se da prova que “lhe é fornecida na parte que é desfavorável ao declarante, deverá também admitir como verdadeiras as declarações na parte que ao declarante favorecem”⁶⁴.

Será possível cindir o depoimento confessório, porém, quando o confitente aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção (art. 354, *fine*, CPC). Trata-se da chamada *confissão complexa* (*confissão qualificada* é incindível), em que o confitente, além de confessar, agrega

58. SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, p. 292.

59. Lição de Diana trazida por SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 112-113.

60. O CC-2002 consagrou o entendimento doutrinário de que é possível o erro de direito levar à anulação de negócio jurídico, restringindo, como já o fazia a doutrina, a hipótese de cabimento do pleito invalidante. Sobre o tratamento do erro de direito no novo Código Civil Brasileiro, ver, com ampla fundamentação, ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 54, nota 14.

61. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, I ed., v. 5, t. I, cit., p. 371.

62. Sobre o histórico do problema, amplamente, FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório*, cit., p. 197-231.

63. *Curso de Processo Civil*, v. I, cit., p. 370. Em sentido semelhante, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, cit., p. 336-337.

64. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 118. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170.

fato novo ao processo, capaz de ensejar defesa de direito material ou a propositura de reconvenção. Eis um exemplo trazido por AMARAL SANTOS: na contestação, alega o réu que nada deve ao autor; no depoimento pessoal, confessa o fato constitutivo do direito do autor, mas alega o pagamento (fato novo); “neste caso, a confissão é cindível, para valer como prova contra o confitente, desprezada a circunstância do fato novo aditado”⁶⁵. Na verdade, neste depoimento confessorio há dois atos jurídicos: a *confissão* e uma *alegação*. Cindir o depoimento confessorio é, na verdade, separar a *confissão* da *alegação*, atos jurídicos distintos que se misturaram em uma mesma declaração.

65. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 118. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 170.

CAPÍTULO IV

PROVA DOCUMENTAL

Sumário • 1. Conceito de documento – 2. Documento e prova documental – 3. Prova documental e prova documentada – 4. Importância da prova documental – 5. Elementos do documento: 5.1. Autoria do documento: 5.1.1. Autoria material e autoria intelectual; 5.1.2. Documento autógrafo e heterógrafo; 5.1.3. Documentos públicos e particulares; 5.1.4. Subscrição e identificação da autoria; 5.1.5. Autenticidade; 5.2. Conteúdo; 5.3. Suporte – 6. Documento e instrumento – 7. Data do documento – 8. Eficácia probatória do documento: 8.1. Introdução; 8.2. Força probante dos documentos públicos: 8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público; 8.2.2. A caracterização da escritura pública como “prova plena”. Crítica à utilização da expressão “prova plena”; 8.2.3. O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 366, CPC); 8.2.4. O documento público irregular (art. 367, CPC); 8.3. Força probante dos documentos particulares: 8.3.1. Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 368, *caput*, CPC); 8.3.2. Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 368, p. único, CPC); 8.3.3. Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do *fac-símile* e dos outros meios de transmissão de dados; 8.3.4. Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação; 8.3.5. Eficácia probatória dos livros comerciais e da escrituração contábil; 8.3.6. Indivisibilidade do documento particular (art. 373, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 380, CPC); 8.4. Originais, cópias, certidões e traslados – 9. Vícios do documento: a irregularidade e a falsidade – 10. Documento eletrônico – 11. Produção da prova documental: 11.1. Momentos da proposição e da produção da prova; 11.2. Juntada posterior de documentos; 11.3. Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida – 12. Meios de obtenção da prova documental: 12.1. Requisição de documentos; 12.2. Exibição de documento ou coisa: 12.2.1. Generalidades; 12.2.2. Pedido de exibição formulado em face da parte adversária; 12.2.3. Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular – 13. Arguição de falsidade: 13.1. Noção; 13.2. Natureza jurídica e finalidade; 13.3. Legitimidade e interesse; 13.4. Procedimento.

1. CONCEITO DE DOCUMENTO

Conceitua-se documento como sendo toda *coisa* que, por força de uma atividade humana, “seja capaz de representar um fato”¹. Noutras palavras, é toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos². A referência que se faz a *símbolos* é ampla, alcançando “letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons gravados e registros magnéticos em geral”³.

Dá-se vê que os elementos que integram o *conceito* de documento são os seguintes:

a) O documento é uma *coisa*. O documento, segundo conhecida lição de CARNELUTTI, é um meio de representação *real*, ou *objetiva*, no que se distingue da representação *pessoal*, ou *subjetiva*. Eis a distinção:

-
1. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190.
 2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 565.
 3. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 565.

“A primeira se obtém mediante a composição de um *objeto* apto para despertar em quem o percebe a ideia que vem determinada pela percepção do fato representado. A segunda se obtém mediante a composição de um *ato* capaz de obter o mesmo resultado. (...) Na segunda forma, há um homem que narra; na primeira, permitindo-nos a metáfora, narra a coisa”.⁴

Importante a ponderação feita por AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, que afirma que “a tradicional definição de documento enquanto *coisa* é justificada pela impossibilidade, até então, de registrar fatos de outro modo, que não apegado de modo inseparável a algo tangível”⁵. O autor trata especificamente dos documentos eletrônicos, que são *documentos*, embora não se encaixem propriamente na definição de *coisa* representativa de um fato, na medida em que a sua noção (sequência de *bits*) está dissociada da necessidade de um meio físico (suporte) em que esses fatos se façam representar.

MARCACINI propõe o seguinte:

“Um conceito atual de documento, para abranger também o documento eletrônico, deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam. Isto porque o documento eletrônico é totalmente dissociado do meio em que foi originalmente armazenado. Um texto, gravado inicialmente no disco rígido do computador do seu criador, não está preso a ele. Assumindo a forma de uma sequência de *bits*, o documento eletrônico não é outra coisa que não a sequência mesma, independentemente do meio onde foi gravado. Assim, o arquivo eletrônico em que está este texto poderá ser transferido para outros meios, sejam disquetes, CDs, ou discos rígidos de outros computadores, mas o documento eletrônico continuará sendo o mesmo.

(...) Documento, assim, é o registro de um fato”.⁶

É procedente a advertência feita pelo autor, assim como também é correta a sua conclusão no sentido de que se deve modificar o foco da noção de documento, retirando-o da *coisa* e para colocá-lo na ideia de que é o *registro de um fato*. A

-
4. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 141. Cândido Rangel Dinamarco, no entanto, chama atenção de que, embora normalmente o documento seja uma *coisa*, é possível que também uma *pessoa* traga em si a representação de um fato, como ocorre com aquele que possui tatuagens que eventualmente demonstrem a ocorrência de fatos. O autor exemplifica sua assertiva lembrando um filme da década de cinquenta, cujo título era *Rose tattoo* (Rosa Tatuada), em que a rosa tatuada no busto de uma mulher foi a prova do adultério de um motorista de caminhão obcecado por rosas, que também tinha o peito tatuado da mesma forma (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 565 e nota de rodapé n.º 1). Apesar da excelente imagem utilizada, ao que nos parece, a pessoa aí jamais poderia ser equiparada a um *documento* – isto é, a um suporte em que se contém a representação material de um fato.
 5. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.
 6. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

despeito disso, parece que não é incorreto continuar a tratar do conceito de documento (sentido amplo) como sendo uma *coisa*. Embora o documento eletrônico seja, a rigor, uma sequência de *bits*⁷, o fato ou ideia nele representado precisará ficar armazenado em algum *suporte*, seja ele um disco rígido, um disquete, um CD-Rom, um *pen-drive*, ou qualquer outro meio físico idôneo, e sempre se revelará aos sentidos humanos através de uma ferramenta (p. ex., o *software*, o computador, o *palm-top* etc.).

b) O documento é uma coisa *representativa de um fato*. Portanto, não é qualquer coisa que pode ser considerada um documento; ela tem que revelar alguma ideia (uma declaração de vontade, de anuência etc.) ou documentar a ocorrência de um fato (uma narração, uma transcrição, uma gravação etc.).

Aqui é fundamental traçar a distinção entre *fato representativo* e *fato representado*. De acordo com a lição de CARNELUTTI, “a representação é um sucedâneo da percepção; serve para despertar, mediante um equivalente sensível, a ideia que viria primariamente pela percepção de um fato”⁸. Ela se fundamenta na substituição de um fato por outro, que vem para gerar a percepção da mesma ideia.

A existência, por si só, de uma coisa já é um fato da vida. Quando essa coisa registra a ocorrência de um outro fato, diz-se que ela é um *fato representativo* e que o fato⁹ por ela documentado é o *fato representado*. Por exemplo: o instrumento de um contrato é um fato representativo do acordo de vontade das partes e dos termos da avença que firmaram (fato representado); a procuração outorgada por instrumento público é um fato representativo da outorga de poderes conferida pelo mandante ao mandatário à vista do oficial público.

Para que seja considerada documento, a coisa, além de satisfazer os demais elementos do conceito, deve ter aptidão para representar um outro fato. Se ela não representa fato algum (fato não-representativo), não é documento.

c) O documento é uma coisa representativa de um fato por *obra da atividade humana*. Ainda que a atividade humana não tenha por objetivo a documentação do fato para posterior utilização disso como meio de prova num processo judicial, é inerente à noção de documento que ele derive de um ato humano. A atividade humana (autoria), conforme se verá adiante, é pressuposto de existência

7. Ver, mais adiante, item dedicado ao documento eletrônico.

8. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 133.

9. Fala-se aqui em *fato* no sentido amplo, abrangendo as declarações de fato propriamente ditas e as declarações de vontade.

do documento¹⁰, embora haja quem defenda a existência do documento mesmo que não se possa identificar a sua autoria, isto é, mesmo que ele não decorra de atividade humana¹¹.

CARNELUTTI compara o documento com o depoimento de uma pessoa, afirmando que ambos decorrem de uma atividade humana. A diferença, contudo, é que, no depoimento, a atividade humana consiste no próprio depoimento, que é o fato representativo; já no documento, a atividade humana consiste na formação do fato representativo, que neste caso será uma coisa, um objeto. No depoimento, portanto, é o agir humano que revela o fato representado; no documento, o fato representado é revelado por um objeto, que, por sua vez, foi formado por um agir humano¹².

De acordo com o conceito apresentado, considera-se como documento, por exemplo, (i) o instrumento escrito em que alguém manifesta a sua vontade ou declara ter conhecimento de algo, (ii) a fita de VHS ou o DVD que contém uma gravação áudio-visual, (iii) a fita cassete ou o CD que contém uma gravação sonora ou fonográfica, (iv) o CD-Rom ou o disquete em que são compilados arquivos eletrônicos de computador, (v) a fotografia impressa, revelada ou gravada num meio eletrônico, (vi) o correio eletrônico (e-mail), dentre tantos outros.

Diante de tudo o que já foi exposto, algumas conclusões já podem ser alcançadas.

Primeiramente, pode-se perceber que a noção de documento não coincide nem se confunde com a noção de prova escrita. O documento não se resume à prova escrita, nem esta terá sempre o *status* de documento. Há prova documental não escrita (p. ex., a fotografia) do mesmo modo que há prova escrita não documental (p. ex., o laudo pericial)¹³. A despeito disso, ver-se-á que boa parte das regras relativas à prova documental fazem nítida associação da noção de documento à de prova escrita¹⁴.

10. É o que entendem ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia Editor, 1981, t. 2, p. 486 e 526; CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 187-189.

11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 245, nota de rodapé n.º 34. Os autores exemplificam: "a queda de um raio, poderá deixar vestígios em algum material; e este suporte poderá ser utilizado, posteriormente, para a comprovação do fenômeno natural, sem que se possa atribuir a alguém a formação deste elemento".

12. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 188.

13. Os exemplos são de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 231-232.

14. "Na verdade, a lei apenas regulamenta a chamada prova literal, não se preocupando diretamente com documentos que se não revistam da forma de escritos. Nem mesmo cuida de uma modalidade de documentos gráficos não escritos, em que o fato ou a ideia são representados por sinais não literais, mas gráficos, como desenhos, pinturas. Menos ainda cogita de instrumentos produzidos por meios plásticos, como a escultura, modelos em gesso ou madeira, *facsimiles*, etc., que o direito moderno reconhece serem legítimas modali-

Além disso, pode-se concluir que nem tudo o que representa materialmente um fato, seja coisa ou pessoa, será necessariamente um documento. As pessoas, ainda que tragam em seu corpo a representação de um fato, não podem ser consideradas documentos, por serem estes, como se viu, um meio *real* de representação. O seu depoimento, contudo, pode ser considerado um fato representativo de um outro fato, mas ele deverá ser colhido por outro meio probatório que não a prova documental (depoimento pessoal ou prova testemunhal, por exemplo). *Coisas e pessoas são fontes de prova distintas.*

Por outro lado, há coisas que não se consideram documentos, porque: (i) são fatos representativos de outros fatos, mas, por não terem sido engendradas pela atividade humana, não se consideram documentos; é o que se dá com as pedras que, esculpidas pela força das ondas do mar, representam a sua contínua e duradoura exposição àquela manifestação da natureza, sem que, por isso, sejam consideradas documentos; (ii) não são representativas de outros fatos, mas apenas de si mesmas, como uma planta ou um animal, que representam apenas a sua própria existência¹⁵. São, *também*, fontes de prova, encaixando-se no gênero “coisa”, mas não pertencem à *espécie* documento.

2. DOCUMENTO E PROVA DOCUMENTAL

O documento é a fonte da prova; é de onde se pode extrair a informação acerca do fato ou do ato nele representado. A prova documental é o veículo por meio do qual essa fonte vai ser levada ao processo para análise judicial; é a ponte entre o fato e a mente do juiz¹⁶.

Mas nem todo documento pode ser inserido no processo por *meio* da prova documental. Às vezes, o documento é fonte de prova, mas o fato nele representado chega à mente do juiz por outra via, distinta da prova documental. Basta pensar no exemplo do quadro que é pintado para retratar uma determinada realidade: isso é um documento, na medida em que é uma coisa que, em decorrência de uma atividade humana, representa materialmente um fato; mas essa coisa pode ser considerada pelo magistrado sem que precise ingressar no processo sob a forma de prova documental – pode ser objeto de análise, por exemplo, numa inspeção judicial ou numa prova pericial.

dades de documentos” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 38).

15. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 135.

16. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Anotações sobre o título ‘Da Prova’ no Novo Código Civil”. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 212. Vera diferença entre meio e fonte de prova no capítulo relativo à teoria geral da prova, neste volume.

Pode ser também que o documento entre nos autos indiretamente, em função da utilização de um outro meio de prova, caso em que ele servirá de fonte indireta de informação para o juiz. Isso ocorre quando ele é objeto de análise pelo perito durante o cumprimento do seu mister no processo, valendo lembrar que o perito pode solicitar documentos à parte ou a terceiro, ou pode instruir o seu laudo com documentos, plantas, fotografias etc. (art. 429, CPC)

Nesses casos, há coisas representativas de fatos, mas o que elas representam não chega ao processo pela via da prova documental.

Esse alerta, mais do que meramente teórico, tem bastante importância na medida em que são distintos os modos de produção dos meios de prova tipicamente previstos no CPC. Assim, se a coisa é um documento e deve ser apreciada diretamente pelo juiz, ingressará nos autos como prova documental, sujeitando-se ao seu modo de produção.

Nos casos, porém, em que (i) essa coisa representa um fato, mas não se insere no conceito de documento ou (ii) mesmo sendo um documento, não é possível o seu ingresso nos autos, ou ainda (iii) sendo documento e sendo possível o seu ingresso nos autos, isso é feito indiretamente, no curso de um outro meio de prova (perícia, por exemplo), deve-se adotar um outro procedimento de colheita da prova, que pode ser o da prova pericial, o da inspeção judicial ou, se a hipótese não se encaixar em nenhum desses tipos previstos na lei, qualquer outro procedimento, desde que sejam observados os direitos fundamentais à produção da prova, à vedação daquelas de conteúdo ilícito ou obtidas ilicitamente, ao contraditório e ao devido processo legal.

3. PROVA DOCUMENTAL E PROVA DOCUMENTADA

Não se podem confundir as noções de prova *documental* e de prova *documentada*. Considerando que o formalismo do processo impõe, como regra, a documentação dos atos nele praticados¹⁷, a fim de que se possa ter um registro permanente da sua existência e do modo como esses atos foram realizados, pode-se ver que nem todo documento constante dos autos do processo representará, necessariamente, uma prova documental. Desse modo, por exemplo, a demanda do autor é documentada na petição inicial; a defesa do réu, na contestação; a decisão, na sentença; a colheita e o conteúdo da prova testemunhal e do depoimento pessoal

17. Essa documentação dos atos processuais tradicionalmente é feita por meio de documentos escritos, mas já é possível a documentação eletrônica. É o chamado *processo eletrônico*, regulamentado pela Lei Federal nº 11.419/2006.

das partes, no termo de audiência; a colheita e o conteúdo da prova pericial, no laudo técnico; e assim por diante.

Como bem explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, “apesar de todos estes atos estarem representados por documentos nos autos, nem por isso perdem a sua essência (de provas testemunhais, periciais etc.) para se tornarem provas documentais”¹⁸. E os referidos autores continuam, fazendo uma importante ponderação:

“São, sim, provas documentais *da colheita da prova no processo*; não, porém, no sentido de representação do fato original que se reconstruiu naquele feito. Ou seja, é possível dizer que aquele termo de depoimento, ou que o laudo pericial, é prova documental que representa diretamente o fato da colheita de material probatório em certo processo; em relação ao *fato primário* – objeto da prova que se colhia –, aqueles elementos permanecem sendo prova testemunhal e prova pericial, não se convertendo em prova documental por sua documentação. Vai daí que, conforme aquilo que se pretenda representar através da coisa, pode um mesmo objeto representar prova documental ou não: se a intenção for representar a *existência* da prova colhida (do depoimento, da perícia etc.), será o documento considerado prova documental; se, porém, se tiver por escopo representar os fatos a que o depoimento, a perícia etc. se referem, então a natureza da prova será outra, que não a documental”.¹⁹

Para exemplificar o raciocínio bem lançado pelos autores citados, basta pensar numa situação em que o jurisdicionado ingressa com ação rescisória pleiteando a desconstituição de decisão judicial proferida em ação de investigação de paternidade, ao fundamento de que no processo originário não se produziu o exame de DNA. Nesse caso, o laudo técnico juntado aos autos do processo originário poderá servir ao réu como *prova documental* de que ali fora produzido, sim, o referido exame, isto porque o fato que se pretende provar é a *existência* da colheita da prova. Em relação ao fato representado no documento, no entanto (existência, ou não, do vínculo biológico de parentesco), consistirá em mera *prova documentada*.

Longe de ser uma noção meramente teórica, essa distinção entre prova documental e prova documentada tem relevância prática.

Ao estudar-se a prova emprestada, por exemplo, viu-se que aquele meio atípico de prova compreende a introdução, num determinado processo, de uma prova produzida num outro processo, o que é possível desde que preenchidos os requisitos necessários à sua utilização²⁰. A prova emprestada guarda, com isso,

18. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 235.

19. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 235-236.

20. Ver, sobre o assunto, item próprio no capítulo referente à teoria geral da prova.

a mesma eficácia que possuía no processo em que fora efetivamente produzida. É dizer: se foi produzida como prova testemunhal, a juntada da ata de audiência num segundo processo guardará o mesmo *status* de prova testemunhal; se foi produzida como prova pericial, a juntada do laudo num segundo processo vai operar, igualmente, os mesmos efeitos de uma prova pericial, como se ela ali tivesse sido efetivamente produzida.

Assim, o que aí se vai ter é uma prova *documentada*, não *documental*.

A despeito disso, o STJ, recentemente, parece ter-se equivocado com esses conceitos, pois concluiu que a prova emprestada ingressa no processo que a toma por empréstimo como *prova documental*, senão vejamos:

“Civil e Processual civil. Recurso Especial. Ação de cobrança de indenização securitária por invalidez permanente. Disacusia. Doença progressiva. Laudo pericial utilizado como prova emprestada. Categoria de prova documental. Autenticidade não questionada. Violação ao art. 332 do CPC. Inocorrência. Prazo prescricional. Questionamento da validade do laudo pericial produzido em ação acidentária. Requerimento de produção de prova pericial. Termo *a quo*. Contagem a partir do novo laudo pericial.

– A jurisprudência do STJ é no sentido de que a disacusia é doença progressiva, que se agrava no tempo.

– A prova pericial trasladada para outros autos, como prova emprestada, passa à categoria de prova documental.

– O termo *a quo* para contagem do prazo prescricional de ação de segurado contra seguradora deve ser o momento em que o segurado obteve ciência inequívoca de estar acometido de moléstia incapacitante.

– Se a ré questiona a validade do laudo pericial produzido em ação acidentária movida pelo autor contra o INSS e requer a produção de prova pericial, não pode, por isso mesmo, pretender que a prescrição seja contada da data da realização daquele exame.

– Recurso especial não conhecido”.²¹

Essa noção é relevante porque, guardando o *status* que possuía no processo em que foi produzida, a prova emprestada torna desnecessária, por exemplo, uma nova oitiva das testemunhas ou uma nova diligência pericial, no segundo processo – salvo nos casos em que o magistrado, para melhor formar o seu convencimento, resolver determinar uma nova colheita da prova.

Não bastasse isso, a prova emprestada fica sujeita ao regime jurídico do meio probatório originário. Com isso, não se poderá, por exemplo, utilizar a prova

21. STJ, 3ª T., REsp 683.187/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.11.2005, publicado no DJ de 15.05.2006, p. 203.

emprestada exclusivamente testemunhal para a demonstração da existência de contrato verbal de valor global superior a dez vezes o maior salário mínimo do país (art. 401, CPC; art. 227, *caput*, CC). Se se considerasse esse meio de prova como sendo uma prova *documental* – e não *documentada*, como de fato é –, essa regra relativa à sua admissibilidade não incidiria.

A distinção entre *prova documental* e *prova documentada* também é relevante para que se compreenda melhor a finalidade da medida de produção antecipada de prova (arts. 846 a 851, CPC).

Com efeito, essa medida cautelar tempor objetivo documentar a produção de um outro meio de prova, seja ele o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a prova pericial ou, embora o art. 846 do CPC expressamente não o diga, qualquer outro meio, típico ou atípico, que precise ser documentado em razão do risco de perda da fonte da prova. Colhida a prova e documentados os atos do procedimento em que esta colheita se deu, poderá ela ser utilizada futuramente num outro processo, caso em que guardará a mesma eficácia probatória original, o mesmo *status*. Isto é: embora venha a ingressar no processo por meio de documentos (prova documentada), será considerada prova testemunhal, pericial, inspeção judicial etc.

Por fim, esta distinção também é relevante para que se possa saber se é possível, ou não, ao jurisdicionado valer-se de procedimentos, como o do mandado de segurança, em que somente se admite a utilização da chamada prova pré-constituída. Nesses casos, a prova que se exige é aquela que demonstre diretamente o fato representado, de modo que somente se admite a utilização da prova documental.

4. IMPORTÂNCIA DA PROVA DOCUMENTAL

A importância da prova documental dentre os demais meios de prova está intimamente relacionada à principal característica do documento, que é, exatamente, a sua estabilidade. De acordo com a lição de ECHANDIA, “el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios, cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad”.²²

Justamente por ter aptidão para representar um fato de modo permanente e duradouro, sem se perder nas armadilhas do tempo, o documento é considerado uma fonte segura de prova. Essa sua segurança se reflete na importância que se dá, normalmente, na experiência forense, à prova documental. Também se reflete na importância que o próprio legislador, até mesmo historicamente, passou a

22. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p. 512.

dar-lhe, sobretudo quando se tratasse de prova documental produzida por órgão público²³. Isso é algo que se pode, ainda hoje, perceber em alguns dispositivos de lei que, fazendo sobreviver o vetusto sistema da prova legal, exigem o documento como único meio de prova para a demonstração de certos fatos ou atos jurídicos (p. ex., art. 108, CC).

É verdade que, por se tratar de fonte *passiva* de prova – ou, como pontua AMARAL SANTOS, por ser o documento uma *vox mortua*²⁴ –, algumas vezes é inútil a sua utilização no processo judicial, em razão da dificuldade de compreensão do fato que ele vem representar. Isto se dá nos casos em que, por exemplo, o escrito é confuso, obscuro, ou a gravação sonora é inaudível, ou ainda a gravação de imagens não permite a sua perfeita visualização, dentre outras tantas possibilidades. É muito difícil, em casos tais, que a prova documental possa influenciar positivamente no convencimento do magistrado.

Já essa dificuldade poderia ser contornada se o meio de prova recaísse sobre uma fonte *ativa*, como ocorre com a testemunha, na prova testemunhal, ou a parte, no depoimento pessoal. Em casos tais, ainda é possível, mesmo quando a informação é passada de modo truncado, obter-se um esclarecimento e um resultado satisfatórios, através de perguntas e provocações dirigidas à fonte da prova (pessoa).

Justamente porque cada meio de prova tem lá suas vantagens e desvantagens, optou o legislador, como já se viu, por estabelecer a regra de que não há hierarquia entre eles, podendo o magistrado formar o seu convencimento livremente, desde que fundamente a sua decisão (art. 131, CPC). Assim, em que pese a importância que tem a prova documental, ela se coloca, de uma forma geral, em pé de igualdade com todos os outros meios de prova, sejam típicos ou atípicos.

23. Eis o que diz Moacyr Amaral Santos, que faz minucioso apanhado histórico da prova documental: “Aos tabeliães era atribuída a função de redigir e escrever em livros públicos toda a sorte de escrituras, que, obedecendo às formalidades legais, equivaliam a escritos autênticos e tinham força de ‘prova provada’. Não só escrituras de contratos e convenções, mas todo e qualquer ato, testamentos, cédulas, codicilos, declarações de última vontade, instrumentos de posse, cartas de compra e venda, permuta, arrendamento, alforamento, soldadas, emprazamentos, obrigações, locações de prédios, enfim toda e qualquer espécie de escrituras referentes a atos não proibidos pela lei. (...) A prova literal, sempre grandemente apreciada no direito lusitano, se colocava em posição avantajada no sistema probatório brasileiro, sendo exigida para a demonstração dos mesmos atos que a reclamavam as Ordenações Filipinas, adotadas como lei vigente, e mesmo de outros atos, em razão de sua natureza ou por motivo do seu valor. E, vista sob esse aspecto, de todas as espécies de prova era a mais importante, dando azo a que, de um modo muito geral, se pudesse dizer, com referência ao direito pátrio, já quando se separou do português, que ‘lettres passent témoins’”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 27-28).

24. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 48-49, nota de rodapé n.º 91.

5. ELEMENTOS DO DOCUMENTO

5.1. Autoria do documento

5.1.1. *Autoria material e autoria intelectual*

O autor de um documento é a pessoa a quem se atribui a sua formação²⁵. A autoria é um pressuposto de existência do documento, porque é da sua essência, como já se disse, que derive de um ato humano.

Um dos elementos do documento, conforme se verá mais adiante, é o meio físico com que ele se materializa (denominado *suporte*). Considerando-se esta noção, pode-se, por vezes, subdividir a sua autoria em: (i) *autoria material*, que é atribuída àquela pessoa que criou o *suporte* em que o fato está representado – por exemplo, a pessoa que escreveu o documento, ou que gravou o fonograma, ou, ainda, que fotografou o objeto; (ii) *autoria intelectual*, que é atribuída à pessoa a mando de quem essa criação foi feita – por exemplo, a pessoa que ditou o que deveria ser escrito no documento, ou a que ordenou, solicitou ou contratou a gravação ou a captação da imagem fotográfica.

De acordo com o art. 371 do CPC, reputa-se *autor* do documento particular tanto aquele que o fez e o assinou (inciso I), como aquele que o mandou fazer e assinou (inciso II), como ainda aquele que o mandou fazer, ainda que não o tenha assinado, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como ocorre com os livros comerciais e assentos domésticos (inciso III).

Investigar a autoria de um documento é importante para que se possa definir qual a fé que ele merece. Daí ter AMARAL SANTOS afirmado que “tôda a teoria do documento se acha dominada pelo problema da sua paternidade”²⁶. Nesse sentido, se um documento foi unilateralmente produzido pela parte (seja essa autoria material ou intelectual, ou ambas), decerto será de pouca ou nenhuma valia *contra* a parte contrária, embora possa por ela ser utilizado *contra* o seu autor. Num outro exemplo, se o autor do documento é um servidor público (escrivão, tabelião, oficial etc.), presumem-se idôneas a sua formação e a declaração dos fatos nele contida (art. 364, CPC).

5.1.2. *Documento autógrafo e heterógrafo*

Sempre que a autoria material e a intelectual se fundem numa só pessoa se diz que o documento então formado é *autógrafo*; se distintos são os autores material

25. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 34.

26. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 35.

e intelectual, tem-se então um documento *heterógrafo*²⁷. Segundo esses conceitos, *autógrafo* é, por exemplo, o recibo escrito e assinado por quem efetivamente recebeu a quantia indicada, ou o formulário eletrônico preenchido pela pessoa interessada na compra, via *Internet*, de um determinado produto. *Heterógrafos*, por outro lado, são as fotografias ou gravações obtidas por detetive particular a mando de alguém, ou o e-mail redigido por uma pessoa a mando de outra.

Vale observar, contudo, que essa nomenclatura foi lançada por CARNELUTTI para designar uma outra situação. Esse autor designava como *heterógrafo* o documento que não é formado por quem realiza o fato documentado, e *autógrafo* o documento que representa um fato da própria pessoa que o forma²⁸. Bem se vê, portanto, que os conceitos de documentos autógrafos e heterógrafos então anunciados nem sempre vão coincidir, porque nem sempre o autor intelectual do documento será o autor do fato nele representado. Isso *pode* acontecer, mas não necessariamente assim será.

5.1.3. Documentos públicos e particulares

A depender de quem seja o autor do documento, ele pode classificar-se como documento público ou particular. “Será público quando o seu autor *imediato* for agente investido de função pública, e quando a formação do documento se der no exercício desta função (...). Será, ao contrário, particular o documento quando sua autoria *imediata* se dê por ação de um particular ou mesmo de um funcionário público (desde que este não se encontre no exercício de suas funções)”²⁹. Por isso, pode-se dizer que particular é todo documento para cuja formação não participou qualquer agente público no exercício de suas funções.

Historicamente, sempre se deu muito valor probatório ao documento *público*, que chegou a ser considerado por algumas legislações como “prova plena” de certos atos ou fatos³⁰. O art. 215 do CC³¹, por exemplo, atribui à escritura pública a eficácia de “prova plena”. Atestando a fé que sempre se costumou atribuir ao documento público, CARNELUTTI chegou a afirmar o seguinte:

“Um dos meios para garantir a fidelidade do documento (um dos remédios contra o perigo de sua infidelidade) consiste, portanto, em prover a sua formação mediante uma pessoa que ofereça garantias intelectuais e morais para excluir ao máximo o

27. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Insituições de direito processual civil*, v. 3, p. 568.

28. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 197. Também nesse sentido: SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 37.

29. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 245-246.

30. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, S/A, v. 4, t. 1, p. 215. O autor cita os exemplos dos ordenamentos francês e italiano.

31. Art. 215 do Código Civil: “A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

perigo de erros de inteligência e de vontade na própria formação. Este provimento dá lugar ao documento *oficial*, contraposto ao *privado*”.³²

Essa é uma classificação que leva em conta a função exercida pelo autor do documento. Leva em conta também a noção de documento como sinônima de *prova literal*, na medida em que não cogita o legislador de um documento público *não-literal*.

Sobre a eficácia probatória dos documentos públicos e particulares falaremos mais adiante, em item próprio.

5.1.4. *Subscrição e identificação da autoria*

A autoria, como se está vendo, é um elemento de formação do documento. Ela, contudo, precisa ser demonstrada e provada. É o legislador quem vai indicar a forma pela qual se deve demonstrar e comprovar a autoria, sendo o meio mais comum para tanto a chamada *subscrição*, que nada mais é que a aposição de um sinal exclusivo – uma assinatura manuscrita ou uma *impressão digital* (utilizada, por exemplo, por analfabeto) – que identifica o autor do documento.

Mas a subscrição não é o único meio de identificação da autoria de um documento.

De acordo com a lição de HUMBERTO THEODORO JR., “não se admite que o conceito de documento particular autêntico fique restrito às escrituras com assinatura autógrafa do declarante”. O autor lembra da *autenticação mecânica*, que é um meio eficaz e bastante difundido de se demonstrar a autoria de uma declaração³³. Assim, por exemplo, a autenticação mecânica lançada pela instituição bancária ao pé do boleto representativo da dívida, corresponde à sua declaração de recebimento, na data indicada, do valor ali informado; a autenticação mecânica lançada pelo sistema informatizado do Poder Judiciário no corpo de uma petição corresponde à sua declaração de que recebera aquela peça naquela data etc.

Além disso, os documentos eletrônicos apresentam uma forma singular de identificação da autoria, que é a *assinatura digital*. Ela pode, inclusive, ser utilizada para a prática de atos processuais como o peticionamento eletrônico (art. 2º da Lei Federal nº 11.419/2006) e para a identificação de pronunciamentos judiciais (art. 164, p. único, CPC³⁴, acrescentado pela Lei 11.419/2006).

32. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 220-221.

33. THEODORO JR., Humberto. *Comentários a o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 496.

34. Art. 164, p. único, CPC. “A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei”.

Há quem entenda tratar-se a subscrição (identificação) de elemento essencial à própria existência do documento³⁵. Assim não nos parece, porém. Um documento pode existir independentemente de subscrição: é o que se dá, por exemplo, com os que, conforme a experiência comum, não se costumam assinar, como ocorre com os livros comerciais e assentos domésticos (art. 371, III, CPC), com o testamento militar (art. 1.893, CC) ou com a nota escrita pelo credor, ainda que não assinada, no corpo do documento representativo da obrigação (art. 377, CPC).

Mesmo quando a subscrição é exigida e não consta do documento, não se pode dizer que ele é *inexistente*. O documento anônimo (não subscrito), por exemplo, é documento, isto é, existe; pode ser que o legislador lhe impute a sanção de invalidade ou que lhe retire a eficácia probatória, mas isso não o torna inexistente. O que se exige para a formação de um documento – e este, sim, é um seu elemento – é a *autoria*. A subscrição serve para provar a autoria, mas, como se viu, não é a única, pois até mesmo os documentos escritos podem ter a sua autoria provada de outras formas, como pelo exame grafológico ou mesmo pela presunção de autenticidade decorrente da admissão expressa ou tácita do documento.

5.1.5. Autenticidade

Demonstrada a autoria, cumpre investigar se essa demonstração realmente aponta para o efetivo autor do documento. Surge, então, o problema da sua *autenticidade*. É *autêntico* o documento quando a autoria *aparente* corresponde à autoria *real*³⁶, isto é, quando ele efetivamente provém do autor nele indicado³⁷.

Essa autenticidade se presume em relação ao documento público, já que ele faz prova da sua formação (art. 364, CPC). Do mesmo modo, reputa-se autêntico o documento particular, se o tabelião reconheceu a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença (art. 369, CPC) – é o que se chama de reconhecimento *por autenticidade*³⁸. A despeito do silêncio do dispositivo legal, não se pode afastar a presunção de autenticidade nos casos em que a firma do signatário é lançada e só após o documento é levado ao tabelião que, comparando-a com modelos constantes dos seus arquivos, reconhece-a como sendo autêntica – é o que se chama de reconhecimento *por semelhança*³⁹.

35. CARNELUTTI, Francesco. *Aprova civil*, ob. cit., p. 201-203; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 246.

36. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 204.

37. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 44.

38. Também nesse passo, deve-se reputar autêntico o documento eletrônico cuja assinatura digital foi certificada através do processo disponibilizado pela ICP-Brasil (art. 10, *caput*, da Medida Provisória nº 2.200-2/2001). Sobre esse assunto ver item mais adiante.

39. Nesse sentido: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 365. Contra, entendendo que a presunção só vale para os casos de

Em todos os casos, porém, tem-se uma presunção *iuris tantum*, que pode ceder em face de prova em contrário⁴⁰.

Quanto ao documento particular cuja firma não tenha sido reconhecida por tabelião, reputar-se-á ele autêntico se a parte contra quem for produzido não impugnar a sua autenticidade no prazo da contestação (se se tratar do réu) ou em 10 (dez) dias (nos demais casos), contados da data em que foi intimado a falar sobre ele.

Impugnada a sua autenticidade, instaurar-se-á um incidente próprio para a sua apuração⁴¹, cabendo à parte que produziu o documento o ônus de provar que ele provém do autor ali indicado (art. 389, II, CPC). A só impugnação da autenticidade já faz cessar a fé do documento particular (art. 388, I, CPC).

5.2. Conteúdo

Considerando que o documento é uma coisa representativa, tem-se que o seu conteúdo é composto exatamente pela representação de um fato ou de uma manifestação do pensamento. Tendo em vista a diversidade dos fatos da vida que se podem fazer representar num documento, é inútil tentar classificá-los. “A única distinção a estabelecer se baseia no critério de se o fato documentado é ou não uma declaração do homem”⁴².

Os documentos que contêm uma declaração humana podem ser classificados em⁴³: (i) documentos *dispositivos*, assim entendidos aqueles que contêm uma declaração *de vontade* (ou declaração *constitutiva*), como é o caso do instrumento de contrato, que representa os atos volitivos das partes contratantes; e (ii) documentos *testemunhais*, assim entendidos aqueles que contêm uma declaração *de ciência* (ou declaração *de verdade*, ou ainda declaração *narrativa*, ou declaração *de fato*), como é o caso do recibo de pagamento ou do boletim de ocorrência.

Assim, quando alguém faz uma transação bancária ou contrata um serviço por telefone, a gravação do diálogo travado com o interlocutor comporá o conteúdo do documento que eventualmente venha a ser utilizado depois como meio de prova desse ato jurídico (sentido amplo). O meio magnético em que essa gravação se contém pode ser considerado um documento *dispositivo*, porque, em seu conteúdo,

reconhecimento por autenticidade: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 299.

40. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 63.

41. Sobre as vias para apuração da falsidade ou autenticidade do documento falar-se-á mais adiante.

42. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 213.

43. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, ob. cit., p. 213-218; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 39-42.

há a representação de uma declaração *de vontade*. Por outro lado, se o objeto da gravação é um diálogo telefônico em que os participantes simplesmente falam sobre fatos que aconteceram, esse meio magnético representará um documento *testemunhal*, porque a declaração aí contida cinge-se à narração de fatos da vida.

A distinção que se faz tem importância prática: o documento declarativo prova *a declaração*, seja ela constitutiva ou narrativa. Nos casos em que o que se pretende provar é a *declaração em si*, a só apresentação do documento já é suficiente para tanto. Por exemplo: o instrumento de contrato, quando devidamente assinado, faz presumir que o signatário declarou a sua vontade no sentido de constituir aquele negócio jurídico (art. 368, CPC); o e-mail, pelo qual se encaminha uma proposta de prestação de serviço, faz presumir que o seu remetente manifestou a vontade no sentido de contratar com o destinatário segundo os termos propostos.

Quando, pois, a intenção da parte é provar *uma declaração de vontade*, os documentos dispositivos são plenamente eficazes. O mesmo não se pode dizer, contudo, dos documentos testemunhais, porque eles têm o condão de provar *a declaração*, mas não o fato declarado. Assim, por exemplo, o boletim de ocorrência prova que, em determinados dia e horário, alguém apresentou-se à autoridade policial para prestar declarações acerca de determinados fatos, mas não prova que os fatos por ela narrados efetivamente ocorreram.

5.3. Suporte

De acordo com a lição de MARINONI e ARENHART, “o *suporte* constitui o elemento físico do documento, a sua expressão exterior, manifestação concreta e sensível; é, enfim, o elemento material, no qual se imprime a ideia transmitida”⁴⁴. Como já se viu, a larga utilização do documento como prova tem ligação direta com a sua estabilidade e durabilidade como fonte de representação de um fato ou de uma ideia. A estabilidade e durabilidade, no entanto, muitas vezes vão depender do *suporte* em que o fato ou a ideia está representado.

Basta pensar, por exemplo, em um pedido de compra de produtos, com descrição das respectivas quantidades e especificidades, enviado ao fornecedor por aparelho de *fac-simile*: o papel utilizado na impressão, como cediço, não garante a durabilidade do documento, na medida em que, com o tempo, os símbolos gráficos nele impressos desaparecem e, com isso, perde-se também a informação nele representada. Trata-se de suporte cuja durabilidade está limitada a certo prazo, o que diminui o valor probatório do documento que materializa.

44. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2. ob. cit., p. 238.

O suporte mais comum de que se tem conhecimento é o *papel*, que é utilizado normalmente para a documentação *escrita*. Sempre foi muito comum também a utilização de fitas magnéticas (fitas cassete e VHS) para a documentação de sons e imagens.

Esse, porém, é um ponto do estudo sobre a prova documental que vem sofrendo forte influência do avanço tecnológico.

Com efeito, se é verdade que o meio físico clássico de que normalmente as pessoas se utilizam para a representação de fatos e ideias é o *papel*, não menos verdade é que o passar do tempo vem revelando outras espécies de suporte para a documentação escrita desses fatos e ideias. Exemplos disso são os chamados *documentos eletrônicos*, que têm existência meramente virtual e não estão associados a nenhum meio físico que lhes sirva de suporte. No entanto, para que possam ser apresentados em juízo, muitas vezes precisam ser acondicionados em dispositivos de armazenamento de dados (p. ex., disquete, CD-Rom etc.), salvo se o processo em que será inserido for também virtual (ou *processo eletrônico*).

Para a documentação de sons e imagens, tem-se feito larga utilização de arquivos eletrônicos, que também podem ser inseridos nos autos do processo através de dispositivos de armazenamento de dados, como o CD-Rom e o DVD. É o que acontece, por exemplo, com as fotografias obtidas por meio das chamadas câmeras digitais.

A identificação do suporte e das suas especificidades é importante não só para aferir a sua estabilidade e durabilidade como também porque disso vai depender, muitas vezes, a *forma* como o juiz deve ter acesso às informações nele representadas, isto é, disso vai depender a forma como a prova documental vai ser produzida.

Quando esse suporte é o papel, por exemplo, a sua simples juntada aos autos do processo já é suficiente para pôr o magistrado em contato com as ideias ou fatos ali representados. Quando, porém, o suporte é um DVD que contém arquivos audiovisuais, a sua simples juntada aos autos não é suficiente para que a prova documental tenha sido produzida: justamente porque este tipo de suporte não é capaz de, pura e simplesmente, revelar, como o papel, o fato representado, exigindo a utilização de outros meios tecnológicos para que a informação possa ser extraída (a utilização de um aparelho leitor de DVD), a produção desse tipo de prova exigirá um pouco mais de cuidado, o que será visto mais adiante, quando se for tratar, em item próprio, da produção da prova documental.

6. DOCUMENTO E INSTRUMENTO

De uma forma geral, diz-se que podem ser visualizadas duas espécies de documento (sentido amplo): o instrumento e o documento em sentido estrito. *Instrumento* é o documento escrito adrede preparado, com a finalidade específica de produzir prova futura do ocorrido⁴⁵. Um contrato escrito é um instrumento, eis que a principal função da escritura aí é fazer prova da existência do negócio, bem assim dos seus termos.

Já o *documento em sentido estrito* é aquele formado sem que se tenha o objetivo específico de utilizá-lo no futuro como prova do fato nele representado. As fotografias ou os vídeos pertencentes a uma família, embora inicialmente pretendessem apenas registrar momentos felizes, podem ser utilizados no futuro, por exemplo, como prova da existência de uma união estável.

Quando se afirma, contudo, que o rito especial do mandado de segurança somente pode ser utilizado quando o impetrante puder demonstrar suas alegações através de *prova pré-constituída*, não se está querendo dizer com isso que, neste procedimento, somente os *instrumentos* podem ser utilizados como fonte de prova. Em absoluto! Com isso, quer-se dizer apenas que toda a prova deve ser documental – qualquer que seja a espécie de documento utilizado –, já que não se admite, nesse tipo de procedimento, dilação probatória.

Como se vê, leva-se em conta a *finalidade* do documento (sentido amplo) para defini-lo como documento (sentido estrito) ou como instrumento. Para ECHANDIA, no entanto, instrumento é um *documento escrito*. O autor não leva em conta, portanto, a finalidade do documento, mas sim o fato de ser ele *escrito*⁴⁶.

7. DATA DO DOCUMENTO

É importante saber quando um determinado documento foi formado ou quando se passaram os fatos nele representados. Dessa informação podem advir algumas consequências jurídicas.

Por exemplo: a data em que se assinou o DUT de um veículo é o marco, ao menos em tese, da transferência da sua propriedade a terceiro, o que pode servir ao ex-proprietário para livrar-se, no futuro, de multas de trânsito ou mesmo de responsabilidade por danos eventualmente causados pelo adquirente; a data em que as partes declaram firmar um contrato de compra e venda é importante para delimitar, por exemplo, se a alienação do bem se deu em fraude à execução.

45. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 400.

46. ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, t. 2, ob. cit., p. 542.

Muitas vezes também é importante saber quando se passaram os fatos representados no documento, nos casos em que ele contiver declarações narrativas. Por exemplo: numa ação possessória em que foram utilizadas fotografias para a demonstração do esbulho ou da turbacão, é preciso identificar a data em que os fatos retratados aconteceram, a fim de que se possa aferir se é possível deferir a liminar possessória; numa demanda em que se pede a cessação de atividade nociva ao meio ambiente (p. ex., emissão de gases tóxicos), pode ser importante, para que se peça uma providência de urgência ao juiz, demonstrar, num vídeo, o volume dos danos denunciados e a sua atualidade⁴⁷; para a comprovação do tempo de união estável, a data do contrato de convivência é muito importante.

A princípio, presume-se que o documento se formou na data nele aposta e que os fatos nele narrados se passaram na data afirmada. Havendo impugnação, porém, esse é um dado que pode ser demonstrado por todos os meios de prova admitidos (art. 370, CPC) – aliás, nessa parte, o art. 370 não acrescenta absolutamente nada de novo ao sistema, eis que essa possibilidade já é conferida pelo art. 332 do CPC.

Na verdade, o art. 370, como um todo, é muito pouco útil. Diz ele que, em relação a terceiros, considera-se datado o documento particular: (i) no dia em que foi registrado; (ii) desde a morte de algum dos signatários; (iii) a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; (iv) da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; (v) do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento.

A rigor, o inciso I não cuida da data da *formação* do documento, mas sim da sua *eficácia* em face de terceiro, o que somente se dá, de uma forma geral, quando registrado em registro público (art. 221, CC⁴⁸). Quanto a este e aos demais incisos, vale a pena transcrever a lúcida crítica de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Os incs. II e III contêm regras de intuitiva legitimidade, ao mandarem que nunca se considere feito o documento depois da morte do signatário ou do momento em que ele se haja tornado fisicamente incapacitado; os incs. I e IV, também óbvios, impedem que o documento se considere feito depois do dia em que tiver sido registrado ou apresentado em repartição pública ou em juízo. A essas disposições, que chegam a ser ingênuas, poder-se-ia acrescentar, com o mesmo grau de ingenuidade,

47. Nos casos tomados como exemplo, é comum a utilização de jornais do dia para a demonstração da data em que acontece o fato representado, bastando que se coloque a primeira página do periódico na cena fotografada ou filmada. Embora rudimentar, a técnica tem sido de alguma valia no dia-a-dia forense.

48. Art. 221, CC. “O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público”.

que também não se aceita como momento da formação do documento, alguma data anterior ao nascimento do signatário...”⁴⁹

Essas disposições, que bem podem ser utilizadas também em relação à parte⁵⁰ (não só ao terceiro) nos casos em que houver dúvida quanto à data do documento e nenhum outro meio de prova for capaz de dirimi-la, não vão indicar senão o período em que o documento *provavelmente* foi formado. E para isso seria dispensável previsão legislativa, já que, além desses, são múltiplos os indícios que podem ser utilizados pelo magistrado para presumir essa provável data de formação.

8. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DOCUMENTO

8.1. Introdução

Nos artigos 364 a 389, o Código de Processo Civil cuida do que chamou de “força probante dos documentos”. Trouxe, nesses dispositivos, inúmeras regras relativas à eficácia probatória de documentos públicos e particulares, descendo a minúcias muitas vezes desnecessárias. Essa postura, certamente decorrente da força que sempre teve a prova documental dentre os demais meios de prova – sobretudo a prova documental calcada em documento *público* –, é passível de crítica, porquanto em nítido descompasso com o princípio do livre convencimento motivado adotado pelo sistema (art. 131, CPC).

De qualquer modo, considerando que as regras existem, é necessário conhecê-las e entender que função exercem dentro do sistema e em que medida elas se relacionam com o princípio do livre convencimento motivado. É o que ora se tenta fazer.

8.2. Força probante dos documentos públicos

8.2.1. Fé pública e presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público

O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença (art. 364, CPC). A presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo do documento público decorre da fé pública que lhe é reconhecida (p. ex., art. 215, CC).⁵¹

49. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 579.

50. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 302-303.

51. Daí afirmarem Marinoni e Arenhart que “a fé pública do agente é requisito indispensável para a caracterização do documento público, uma vez que a grande tônica, que distingue esta figura do documento

“É preciso distinguir, porém, entre o que o oficial declara e o que ao oficial é declarado. A fé pública cobre a declaração formulada pelo oficial, mas não atribui veracidade ao conteúdo da declaração formulada pelo interessado ao oficial. Quanto a esta, só ficará atestada como veraz sua existência, isto é, haver sido formulada tal e qual; não a sua veracidade, ou seja, a atestação do oficial não confere veracidade ao conteúdo do que lhe é declarado”.⁵²

Questão interessante é saber se, para que se caracterize um documento como sendo público, o agente público de quem ele emanou deve ter a função específica de certificar/documentar ou pode ser qualquer agente público, desde que no exercício das suas funções, ainda que essas funções não sejam de certificação/documentação.

Um ofício redigido e assinado por um Ministro de Estado, no exercício de suas funções típicas, tem natureza de documento público, comparável à do documento redigido e firmado por um agente notarial?

Considerando que é um princípio geral de direito público a presunção de veracidade e legitimidade do ato praticado por servidor público no exercício de suas funções públicas (ainda que não sejam de certificação/documentação), pode-se emprestar ao documento firmado por qualquer agente público a natureza de documento público, o que permitirá presumir a sua autenticidade e a veracidade do que nele se contém⁵³.

No entanto, a presunção de autenticidade e de veracidade do conteúdo que paira sobre tais documentos é uma presunção *iuris tantum*, que, por isso mesmo, pode ceder diante de prova em contrário. Para isso, é necessário que a parte contra quem se produziu o documento suscite, na forma e no prazo do art. 390 e seguintes, o incidente de arguição de falsidade, nos casos de falsidade material, ou demonstre, por outros meios de prova, a sua falsidade ideológica.

8.2.2. A caracterização da escritura pública como “prova plena”. Crítica à utilização da expressão “prova plena”

O art. 215 do CC-2002 repete o que dizia o art. 134, § 1º, do CC-1916, quanto ao fato de a escritura pública fazer “prova plena”. Essa expressão deve ser bem compreendida e interpretada à luz o princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC). Primeiramente, deve-se observar que o dispositivo apenas se

particular, é a sua máxima eficácia probatória” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 259-260).

52. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 218.

53. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 267-269.

refere à escritura pública, que é uma espécie de documento público⁵⁴, escrito em língua nacional (art. 215, § 3º, CC), cuja forma deve indicar, além de outros requisitos que lei específica eventualmente lhe imponha, os dados indicados no § 1º do art. 215 do CC⁵⁵.

Em segundo lugar, não se quer com isso dizer que esse tipo de documento é absoluto e que deve sempre prevalecer sobre qualquer outro documento ou meio de prova, como ocorre no direito italiano⁵⁶. A interpretação a ser dada é a de que a sua autenticidade e a veracidade do seu conteúdo são presumidas, embora essa presunção seja relativa. Só isso⁵⁷.

Assim, as partes podem pretender, por exemplo, mesmo quando a lei assim não lhes imponha, dar forma pública a um ajuste por elas firmado. Como, porém, a forma pública, na maioria dos casos, não é da substância do ato – portanto, não é exigível –, esse documento não prevalecerá, somente por ser público, sobre os outros documentos ou outros meios de prova que com ele se mostrem incompatíveis. É possível ao juiz, por exemplo, apesar de o documento público indicar que as chaves de um determinado imóvel foram entregues a uma das partes na frente do servidor público, convencer-se do contrário, à luz das outras provas produzidas nos autos do processo.

É preciso, ainda, tecer críticas à opção do legislador do Código Civil, que reutilizou a locução “prova plena”, já ultrapassada.

O Código de Processo Civil brasileiro não se vale dessa expressão em nenhum de seus artigos. Conforme lembra Ovídio Baptista, “tanto o anteprojeto BUZAID (art. 396) quanto o projeto definitivo governamental (art. 368) continham no texto do dispositivo correspondente ao atual art. 364 do CPC a declaração de que o documento público faria ‘prova plena’ não só de sua formação, mas igualmente

54. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 433.

55. Art. 215, § 1º: I – data e local de sua realização; II – reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; III – nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; IV – manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; V – referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; VI – declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; VII – assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

56. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 267-268.

57. Nesse sentido: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 221; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 170; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 264-266.

dos fatos que o escrivão, o tabelião ou outro qualquer funcionário que o tivesse elaborado declarasse haver ocorrido em sua presença. O Congresso Nacional, porém, durante a votação do projeto, suprimiu a locução ‘prova plena’⁵⁸. Esse histórico demonstra a inequívoca intenção do legislador brasileiro de proscrever a malsinada expressão – e, como se sabe, a promulgação e a vigência do CPC-73 são coevas à divulgação do Anteprojeto de Novo Código Civil, que, no particular, já nasceu desatualizado⁵⁹. Trata-se, sem dúvida, de lapso imperdoável do legislador civilista, certamente resultante de uma tradução acrítica de textos legais estrangeiros, ainda presos a essa sistemática.

BARBOSA MOREIRA apercebeu-se do equívoco, com a precisão de sempre: ‘Bem antiga é a expressão, e frequentemente a usavam os velhos praxistas, que falavam de ‘prova plena’ e de ‘prova semiplena’ para assinalar uma gradação da força persuasiva das provas: seria ‘plena’ aquela que, por si só, trouxesse uma carga de convencimento bastante para fundar a decisão da causa; ‘semiplena’ aquela que, não suficiente em si mesma, teria de conjugar-se com outros admissíveis para servir de base à convicção do juiz. A semelhante classificação falta manifestamente qualquer dose de rigor científico. Os escritores que a acolhiam limitavam-se a ecoar textos legislativos de seu tempo; mas desde época já distante a classificação foi criticada em sede doutrinária. Não era possível, de resto, continuar a prestigiá-la apesar do progressivo descrédito em que modernamente caiu o chamado sistema da ‘prova legal’, no sentido de aprioristicamente tarifada. O princípio da livre valoração da prova pelo juiz predomina de modo significativo nos ordenamentos processuais contemporâneos e, segundo autorizada doutrina, ‘provavelmente representa o mais importante entre todos os pilares do direito probatório’. É pena que o novo Código Civil insista aqui em coarctá-lo: no particular, se é lícito repetir locução um tanto desgastada pelo abuso, a Lei nº 10.406 trafega na contramão da História’.⁶⁰

58. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001, v. 1, p. 383.
59. O § 1º do art. 134 do CC-1916 foi acrescentado pela Lei Federal n. 6.592/1981, aparentemente revogando o sistema do Código de Processo Civil Brasileiro, por ser norma mais recente. No entanto, não é essa a melhor solução. Lembre-se que a Lei Federal n. 6.592/1981 resultou de considerações feitas pelo Min. MOREIRA ALVES sobre a legislação brasileira acerca da escritura pública, sendo ele o seu inspirador (essa lei resultou de projeto apresentado pelo Senador Paulo Brossard, que, em sua justificativa, transcreveu conferência que o Ministro Moreira Alves havia feito a respeito do assunto; cf. ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 160-161) – e o eminente Ministro foi o responsável pela elaboração da Parte Geral do Novo Código Civil, o que no caso não é mera coincidência. Ademais, como ensina MONIZ DE ARAGÃO: “... a redação se incumba de denotar que a prova plena, que o texto afirma, conjuga-se à fé pública de que a escritura é dotada. Como o sistema processual brasileiro é avesso à ‘prova plena’ e consagra a liberdade na apreciação da prova pelo julgador, na verdade essa lei não foi além de reafirmar que os atos cobertos pela fé pública do tabelião têm por si a presunção *iuris tantum* de veracidade que lhes é peculiar”. (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 221).
60. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Novo Código Civil e o direito processual”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, 105.

8.2.3. O instrumento público como forma solene do ato jurídico (art. 366, CPC)

Há casos, no entanto, em que o legislador exige forma especial como sendo da substância do ato jurídico (forma *ad solemnitatem*); às vezes, a forma especial exigida é o instrumento público. É o que se dá, por exemplo, nos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, para os quais se exige, como elemento, a escritura pública (art. 108, CC). Nesses casos, o ato somente poderá ser provado mediante a juntada do instrumento público⁶¹; nenhum outro meio, por mais especial que seja, poderá suprir-lhe a falta (art. 366, CPC).

Nesses casos, considera-se o documento como sendo substancial e, portanto, *indispensável* à propositura da demanda, razão por que, se tiver de ser utilizado pelo autor, deve acompanhar a petição inicial, sob pena de indeferimento (arts. 283 e 284, CPC). Por ser o único meio apto à prova do ato jurídico, a sua falta não pode ser suprida nem mesmo pela confissão expressa ou ficta (arts. 302, II, e 320, III, CPC).

Trata-se de resqúcio do sistema de tarifamento das provas, ou da prova legal, configurando uma exceção à regra geral do livre convencimento motivado. Vê-se aí que o legislador nitidamente atribui, prévia e abstratamente, ao instrumento público um valor probatório exclusivo, colocando-o numa posição hierarquicamente superior à dos demais meios de prova. Com isso, cria uma espécie de ponte entre o direito material e o processual, na medida em que, se o direito material reputa nulo (ou inexistente) o ato jurídico que não se revestiu da forma por ele exigida, esta nulidade (ou inexistência) dar-se-á em todas as esferas, inclusive na esfera processual⁶².

Essa regra deve ser obedecida pelo juiz. A sua inobservância pode dar ensejo até mesmo à discussão do assunto pela via do recurso especial, diante da afronta à lei federal.

Sucedee que, em alguns casos, pode-se reconhecer a legalidade da não-aplicação do dispositivo. PONTES DE MIRANDA esclarece que “o art. 366 só alude à falta do instrumento público. Falta, aí, está em sentido de ‘não feito’. Se houve instrumento público e queimou-se o livro do cartório, outro é o problema”⁶³. Com isso, se a parte consegue demonstrar que o instrumento público *existiu*, mas se

61. Vale observar que a regra apenas alude ao *instrumento*, que se distingue do *documento* em sentido estrito, como se viu, por constituir-se em prova pre-constituída.

62. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 278.

63. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, ob. cit., p. 363.

perdeu por um motivo qualquer, autorizado estará o juiz a afastar a incidência da regra e admitir outros meios de prova do ato.

Outro exemplo é dado por MARINONI e ARENHART: “é de se pensar na hipótese em que alguém pretende provar, em juízo, que o negócio jurídico, embora tenha sido realizado (e seja, então, existente), não obedeceu ao requisito de forma específica e, portanto, é nulo, pleiteando esta declaração ante o Judiciário. Para esta hipótese, é claro, há de admitir-se a produção de outros meios de prova para comprovar a efetiva realização do negócio, bem como a ausência da forma específica, a fim de permitir a dedução da pretensão que interessa ao autor: a declaração da nulidade do ato. Fossem estas outras provas inadmissíveis, então toda pretensão desta ordem ficaria obstaculizada, o que, de pronto, observa-se ser um disparate”.⁶⁴

Outra questão que se propõe é a de saber se o art. 366 se aplica também às situações em que o instrumento público é exigido, como requisito de validade, pela convenção das partes, e não pela lei. Por exemplo, se o contrato social de uma empresa prevê que a outorga de poderes de representação judicial deve ser feita por instrumento público, a prova dessa representação poderá ser feita por qualquer meio de prova ou será exigível o instrumento público?

Como cedo, é possível que, por convenção das partes, se imponha a um ato jurídico (sentido amplo) uma forma específica. Tanto que o art. 109 do CC prevê que “no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Por isso, “um negócio informal poderá passar a formal por convenção das partes”⁶⁵. Desse modo, quando o instrumento público é forma imposta por convenção das partes, somente ele poderá ser utilizado como prova, afastando-se todos os outros meios⁶⁶.

8.2.4. O documento público irregular (art. 367, CPC)

Por último, diz o art. 367 do CPC que “o documento, feito por oficial público incompetente, ou sem a observância das formalidades legais, sendo subscrito pelas partes, tem a mesma eficácia probatória do documento particular”.

Um dos requisitos de validade do ato administrativo é a competência do agente público para a sua prática. O vício da incompetência pode se revelar de três

64. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 280.

65. VENCELAU, Rose Melo. “O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137)”. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 193.

66. Nesse sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, ob. cit., p. 363.

formas⁶⁷: (i) *usurpação de função*, que se dá quando alguém exerce as atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade; (ii) *excesso de poder*, que ocorre quando o agente público excede os limites da sua competência, praticando ato que está fora dos limites das suas atribuições; (iii) *exercício de função de fato*, que se caracteriza quando o agente está investido irregularmente no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem uma aparência de legalidade.

Já o vício de forma “consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (art. 2º, p. único, “b”, da Lei Federal n. 4.717/65).

A despeito de configurar requisito de validade do ato administrativo, o vício da *incompetência* do agente público vem sendo relevado nos casos em que ele se revelar pelo exercício da *função de fato* e ficar demonstrada a boa-fé da parte. Trata-se da aplicação do que se vem chamando de “teoria do funcionário de fato”. Nesses casos, privilegia-se a segurança jurídica e a confiança depositada pelo particular naquele que, aparentemente, reunia todas as características de um agente público e assim se apresentava. Em razão disso, é procedente a crítica feita por MARINONI e ARENHART, no sentido de que:

“Dever-se-ia deixar ao prudente critério judicial o exame da situação concreta, a fim de que o magistrado pudesse avaliar da boa-fé ou não na elaboração do documento público pelo oficial e, conseqüentemente, conceder-lhe ou negar-lhe validade como tal. Esta solução estaria muito mais consentânea com a orientação da doutrina moderna, tanto de direito privado como público, e permitiria apreensão muito mais exata dos matizes da realidade fática”.⁶⁸

Os autores, no entanto, entendem que “não foi esta a orientação seguida pelo legislador pátrio, e da clara dicção do texto legal não se pode fugir”⁶⁹, o que não nos parece ser correto. A despeito da disposição do art. 367, parece sim possível ao magistrado afastá-la nos casos em que ficar evidenciada a boa-fé da parte que produziu o documento irregular. Nessa situação, o documento, não obstante irregular, manteria a força probatória de qualquer documento público. Trata-se de aplicação do princípio de proteção da *boa-fé*, que tutela a *confiança*, valor fundamental de um ordenamento jurídico.

Não sendo este o caso, se a parte tinha como ter conhecimento do vício da incompetência, ou se o vício formal não pode ser convalidado, o documento

67. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 246-247.

68. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, t. 2, ob. cit., p. 285.

69. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, t. 2, ob. cit., p. 285.

irregular, ainda que público, terá o valor (isto é, a força probatória) de um documento particular, *desde que* esteja subscrito pelas partes. Devem ser feitas, no entanto, as seguintes ponderações:

a) O documento público irregular somente poderá ser aproveitado, atribuindo-se-lhe a eficácia de um documento particular, nos casos em que a forma pública não for substancial (forma *ad probationem*); sendo substancial a forma (forma *ad solemnitatem*), a conversão seria inútil, porque inexistente seria o ato praticado sem a sua observância;

b) Somente se admitirá o aproveitamento do documento público irregular como documento particular *se e na medida em que* estiverem satisfeitos os requisitos de validade e as condições de eficácia deste último⁷⁰. Assim, por exemplo, se, além de subscrito pelas partes, o documento público irregular não estiver subscrito por duas testemunhas, não poderá valer como título executivo extrajudicial, porque o art. 585, II, do CPC, exige, nesses casos, essa condição específica para que ao documento se atribua a eficácia executiva;

c) Do mesmo modo, só que numa perspectiva inversa, se para a eficácia probatória do documento particular não se exigir subscrição, o documento público irregular terá a força probatória do documento particular, ainda que não subscrito pelas partes⁷¹. É o que se dá, por exemplo, com os documentos que, conforme a experiência comum, não se costumam assinar, como ocorre com os livros comerciais e assentos domésticos (art. 371, III, CPC), com o testamento militar (art. 1.893, CC) ou com a nota escrita pelo credor, ainda que não assinada, no corpo do documento representativo da obrigação (art. 377, CPC).

8.3. Força probante dos documentos particulares

8.3.1. Autenticidade e veracidade do conteúdo do documento particular (art. 368, caput, CPC)

As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário (art. 368, caput, CPC, c/c art. 219, CC), se este não impugnar o seu conteúdo ou a autenticidade do documento na forma e prazo legais (art. 372, CPC), ou se a sua

70. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, ob. cit., p. 364; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 176.

71. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 288.

autenticidade for indubitosa porque reconhecida pelo tabelião na forma do art. 369 ou admitida expressamente pela parte (art. 373, *caput*, CPC). A presunção que se erige é relativa, admitindo prova em contrário.

Dessa regra é possível extrair algumas conclusões:

a) O reconhecimento expresso da autenticidade e da veracidade das declarações contidas no documento pode ser anulado quando se demonstrar ter-se produzido por erro de fato ou coação. O art. 372, p. único, do CPC, dispõe o seguinte: “Cessa, todavia, a eficácia da admissão expressa ou tácita, se o documento houver sido obtido por erro, dolo ou coação”.

Comentando o dispositivo, eis o que diz MONIZ DE ARAGÃO:

“Ao referir a *documento* obtido por erro, dolo ou coação, o texto poderia ser entendido como referindo-se à coisa (*res*) hipótese que abrangeria a prova obtida ilegalmente. Todavia não parece ser esse o seu sentido. O vocábulo *documento* empregado no parágrafo não está referido à *res*, mas ao meio de prova, visto em seu aspecto intrínseco, ou seja, à declaração, à letra e à assinatura, a cujo respeito versa a admissão de autenticidade ou veracidade. (...) Mesmo que a parte haja expressamente aceito o documento, ou tenha-o admitido pelo silêncio, fica-lhe livre, portanto, vir a impugná-lo no futuro, se tiver sido levada a agir por erro, dolo, ou coação (hipóteses que autorizam a anulação da confissão), cabendo-lhe o ônus de provar a ocorrência dos apontados vícios da vontade, sem o que a presunção não será derrubada”.⁷²

Bem se vê que as hipóteses em que se admite a invalidação da admissão expressa ou tácita se aproximam das hipóteses em que se admite a invalidação da confissão (art. 352, CPC). Sucede que as hipóteses de invalidação da confissão, segundo o art. 214 do CC, atualmente restringem-se ao erro de fato e à coação. No particular, o dispositivo do Código Civil revogou o art. 352, CPC, e fez muito bem, como dito no capítulo relativo à confissão, a cuja leitura se remete. As noções ali trazidas também se aplicam nesta seara, eis que o *dolo* somente configurará motivo para afastar a incontrovérsia gerada pela admissão expressa de um documento, se tiver dado causa a um erro de fato.

Configurado o erro de fato ou a coação, caberá à parte que admitiu a autenticidade ou a veracidade do conteúdo do documento buscar a invalidação desse ato jurídico. Vale observar que a admissão *expressa* equivale à confissão⁷³. Tendo havido, pois, confissão (admissão expressa da autenticidade ou veracidade do

72. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Aide, S/A, v. 4, t. 1, p. 246.

73. Não, porém, a admissão tácita, ou admissão propriamente dita. Sobre a diferença entre *admissão* e *confissão*, ver o capítulo relativo à confissão.

conteúdo do documento), os meios de que dispõe a parte para buscar a invalidação do seu ato estão previstos no CPC, aplicando-se aqui, por analogia, o art. 352: a) ação anulatória (art. 486, CPC), se ainda pender o processo; b) ação rescisória (art. 485, VIII, CPC), se já houver transitado em julgado a decisão baseada no documento admitido. Em se tratando de admissão *tácita*, que não se confunde com a confissão, poderá ela ser revista no próprio processo, independentemente de ação autônoma, desde que provados o erro de fato ou a coação.

b) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, não podem ser presumidas verdadeiras em relação a quem não o subcreveu; assim, por exemplo: se alguém afirma, por escrito, ter entregado a uma outra pessoa uma quantia em dinheiro, essa afirmação, se não for ratificada por essa outra pessoa, apenas prova que houve uma declaração, mas não a efetiva entrega do dinheiro; se alguém envia a outrem uma proposta negocial, não se pode presumir, a partir disso, que as cláusulas e condições ali indicadas foram aceitas pelo oblato⁷⁴.

c) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, fazem prova contra o signatário, quando lhe forem desfavoráveis, porque “ordinariamente o *homo medius* não mente ao declarar contra si”⁷⁵.

Por ser relativa a presunção de veracidade de que trata o art. 368, é possível afastar essa conclusão. É o que pode acontecer, por exemplo, nos casos em que: (i) o autor do documento é analfabeto, o que faz intuir não ter tido ele conhecimento do conteúdo do documento que assinou; (ii) o documento contém caracteres minúsculos ou é tão extenso e complexo que se torna difícil, segundo as regras da experiência, a sua leitura integral antes da subscrição⁷⁶; (iii) a não impugnação do documento decorreu de coação ou erro⁷⁷; (iv) houver, nos autos do processo, outros meios de prova que derrubem a presunção.

d) As declarações lançadas num documento, sendo favoráveis ao signatário, não lhe servem de prova contra a outra parte, se esta não participou da sua formação – é o chamado “documento unilateral”. Nada obstante, os livros comerciais, que preencham os requisitos exigidos por lei e não contenham vícios extrínsecos ou

74. Salvo se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputando-se concluído o contrato se não houver recusa expressa (art. 432, CC).

75. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 578.

76. Os exemplos são lembrados por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 292-293. É por isso que o art. 6.º, III, do CDC, garante ao consumidor o direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços que adquire.

77. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 578.

intrínsecos, provam também a favor do empresário autor, desde que confirmados por outros subsídios (art. 379, CPC, c/c art. 226, CC)⁷⁸.

e) As declarações lançadas num documento, sejam elas narrativas ou dispositivas, presumem-se conhecidas por quem as subscreve e por quem delas tomou ciência inequívoca, não podendo ser opostas a terceiros. A eficácia quanto a terceiros somente se alcança com a transcrição do documento no registro público⁷⁹.

8.3.2. *Eficácia probatória dos documentos testemunhais (art. 368, p. único, CPC)*

Documento testemunhal, como se viu anteriormente, é aquele que contém uma declaração narrativa (ou declaração de ciência ou de verdade, ou ainda declaração enunciativa). Quando o documento particular contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, ele prova a declaração, mas não o fato declarado, cabendo ao interessado em sua veracidade o ônus de prová-lo (art. 368, p. único, CPC⁸⁰).

Dessa forma, o documento testemunhal faz prova da *declaração*, mas não do fato declarado. Por exemplo, num acidente de trânsito, as informações prestadas por um dos envolvidos e contidas no relatório elaborado pela autoridade competente provam que aquela pessoa, naqueles dia e horário, prestou seus esclarecimentos acerca de determinados fatos, mas não prova que os fatos por ela narrados efetivamente ocorreram, tampouco que ocorreram da forma como ela narrou.

Nisso reside, como já se viu, substancial diferença em relação aos documentos dispositivos, eis que estes últimos são suficientes para fazer prova da declaração constitutiva.

8.3.3. *Eficácia probatória do telegrama, radiograma, do fac-símile e dos outros meios de transmissão de dados*

O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular, se o original constante da estação

78. Mas a prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser afastada pela comprovação da falsidade ou inexactidão dos lançamentos (art. 226, p. único, CC).

79. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. 4, p. 180.

80. É o que diz também, embora de forma não tão clara, o art. 219, p. único, do CC: Art. 219. “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. Parágrafo único. “Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las”.

expedidora foi assinado pelo remetente (art. 374, CPC). A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora (art. 374, p. único, CPC).

O CPC regula a utilização de documentos obtidos por meio de processos telemáticos de comunicação. O telegrama, o radiograma, o *fac-símile*, o telex etc. nada mais são que *cópias* de documentos originais e como tais são tratados, equiparando-se a sua eficácia probatória à dos documentos particulares. Por conta disso, a sua juntada aos autos do processo, quando não impugnado oportunamente, faz presumir que está conforme com o original, gerando prova suficiente da data em que foi expedido e do recebimento pelo destinatário (art. 375, CPC). Se impugnados, farão prova desde que confirmem com o original assinado (art. 222, CC).

Vale observar que não se aplica aqui a exigência contida na Lei Federal n. 9.800/1999, no sentido de que os originais dos documentos apresentados via *fac-símile* devem ser juntados aos autos em 5 dias (art. 2º). Essa exigência diz respeito à prática de *atos processuais* por meio daquele sistema de transmissão de dados. Assim, se uma petição original está acompanhada de um documento apresentado via *fac-símile*, este documento terá o valor probatório indicado no art. 374 do CPC, mostrando-se desnecessária a juntada, em 5 dias, da via original. O único inconveniente que se vê aqui diz respeito ao *suporte* em que ele está inserido, eis que a impressão do fax, nesses casos, e como cediço, tende a perder-se com o tempo.

8.3.4. Eficácia probatória das cartas, dos registros domésticos e das notas lançadas pelo credor no documento representativo da obrigação

Segundo o art. 376 do CPC, as cartas e registros domésticos provam contra quem os escreveu quando: (i) enunciam o recebimento de um crédito; (ii) contêm anotação, que visa a suprir a falta de título em favor de quem é apontado como credor; (iii) expressam conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova.

A *carta* é um documento escrito por meio do qual uma pessoa transmite a uma outra pessoa, necessariamente ausente, uma declaração de fato ou de vontade⁸¹. *Registros domésticos* são os documentos de que as pessoas se utilizam para guardar a memória de fatos de sua vida pessoal ou profissional (diários e agendas, por exemplo). Ambos se caracterizam por serem *documentos formados unilateralmente*.

81. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 181.

O art. 376, contudo, deve ser lido em consonância com o art. 368, já que este último, como se viu, dispõe que as declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Uma análise sistemática desses dispositivos faz ver que as cartas e registros domésticos, *quando assinados*, farão, em qualquer hipótese, prova contra o seu signatário (art. 368, CPC). Se, porém, *não estiverem subscritos*, farão prova nas hipóteses enumeradas no art. 376 e, obviamente, nos demais casos em que a parte contra quem forem eles produzidos admitir a sua exatidão em juízo⁸². Não se encaixando nessas hipóteses, as cartas e registros domésticos não assinados poderão servir como indício dos fatos ou ideias nele representados.

Essa é uma regra perfeitamente aplicável, modernamente, aos correios eletrônicos (*e-mails*), que podem ser utilizados como prova num processo judicial⁸³ e cujas declarações, salvo quando impugnadas, podem ser imputadas ao seu remetente.

A nota escrita pelo credor em qualquer parte de documento representativo de obrigação, ainda que não assinada, faz prova em benefício do devedor (art. 377, CPC), aplicando-se esta regra tanto para o documento, que o credor conservar em seu poder, como para aquele que se achar em poder do devedor (art. 377, p. único, CPC). Dá-nos exemplos PONTES DE MIRANDA: “Por exemplo: ‘Recebi x de B’; ‘B tem mais dias de prazo para pagar’; ‘A dívida está quitada’; ‘Este documento já não tem valor, porque B emitiu um cheque ao portador’; ‘Este documento foi apenas para eu usá-lo em desconto no Banco C’”.⁸⁴

Trata-se de disposição que tem a mesma essência daquelas contidas no art. 376, motivo por que vem a ser tratada neste mesmo item. A diferença básica é que a informação contrária ao interesse do credor aqui vem lançada não numa carta ou num registro doméstico, mas no próprio documento que representa a obrigação.

8.3.5. Eficácia probatória dos livros comerciais e da escrituração contábil

O empresário tem o interesse de manter a escrituração contábil e financeira da sua empresa em dia, lançando as informações necessárias ao desenvolvimento da sua atividade empresária. Com base nessa premissa é que se erige a presunção de que as declarações contidas nos livros comerciais podem fazer prova *contra* e a *favor* do empresário.

82. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 334-335. Em sentido contrário, entendendo não se poder extrair do art. 376 a referência a cartas e registros domésticos não assinados, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 374.

83. Cf. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. “Aspectos jurídicos do e-mail”. *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 373.

84. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 4, p. 378.

Os livros comerciais provam *contra* o seu autor. É lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos (art. 378, CPC, c/c art. 226, 1ª parte, CC). Embora configure uma aplicação específica da presunção erigida contra o autor do documento (art. 368, *caput*, CPC), é justificável a existência desse dispositivo, porque os livros comerciais são documentos em relação aos quais não se costuma exigir assinatura⁸⁵.

Ao contrário, porém, da regra geral contida no art. 368, *caput*, do CPC, os livros comerciais, quando preencherem os requisitos exigidos por lei e forem escriturados sem vícios extrínsecos ou intrínsecos, provam também *a favor* do seu autor, desde que confirmados por outros subsídios (art. 379, CPC, c/c art. 226, 2ª parte, CC). Esta é uma disposição *sui generis* porque, a despeito de se tratar de documento formado unilateralmente, pode ele, se preenchidas as exigências legais, fazer prova a favor de quem o formou.

“Imprestável, nessa ordem de ideias, o livro que não se submeteu ao registro público e à autenticação, quando exigidos por lei; assim como não terão valor probante os assentamentos rasurados, emendados ou borrados, sem adequada e oportuna ressalva.

Da mesma maneira, se a operação registrada fôr daquelas que devem ser acobertadas por documentação fiscal que demonstre a remessa da mercadoria, ou o cumprimento do ajuste, o assento escritural terá de ser completado por comprovantes desses eventos suplementares e circunstanciais”.⁸⁶

Deve-se ver, contudo, que a prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexactidão dos lançamentos (art. 226, p. único, CC). Por conta disso, ainda que haja registro nos livros comerciais de compra ou venda de imóvel de valor superior a trinta vezes o salário mínimo vigente no país, quer isso favoreça ou prejudique o empresário autor do documento, esse registro é imprestável como prova dessa compra ou venda, porque ela exige forma *ad solemnitatem* (art. 108, CC).

8.3.6. Indivisibilidade do documento particular (art. 373, p. único, CPC) e da escrituração contábil (art. 380, CPC)

De acordo com o art. 373, p. único, do CPC, o documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que dele pretende

85. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 523

86. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 525-526.

valer-se, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram.

O art. 380 veicula, por sua vez, uma aplicação específica da regra da indivisibilidade, ao afirmar que a escrituração contábil é indivisível: se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto como unidade.

Ao que parece, esses dispositivos lançam mão de regra a ser observada pelo juiz: trata-se de regra de valoração das provas produzidas. Sucede que, tendo abraçado o sistema do livre convencimento motivado, é um tanto inútil direcionar o raciocínio do magistrado nesse sentido, já que o próprio ordenamento autoriza que, para decidir, ele leve em conta todo e qualquer elemento de prova colhido nos autos, desde que fundamente a sua conclusão.

Assim, se um documento contém declarações favoráveis e desfavoráveis a uma determinada parte, isso não impede o juiz de tomá-lo em consideração para, por exemplo, com base nele, julgar a demanda a favor dessa parte. Em que pese tê-lo cindido para efeito de valoração do seu conteúdo, essa é uma atitude lícita aos olhos do nosso ordenamento.

Tratando do parágrafo único do art. 373, MARINONI e ARENHART bem sintetizam a questão: “o parágrafo não diz nada”⁸⁷.

8.4. Originais, cópias, certidões e traslados

As cópias, certidões e traslados⁸⁸ de documentos, as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas, quando trazidos aos autos, têm, a princípio, o mesmo valor probante dos documentos originais, fazendo prova dos fatos ou das coisas neles representados, se aquele contra quem foram produzidos lhes admitir, expressa ou tacitamente, a conformidade, isto é, se não lhes for impugnada a exatidão (art. 383, CPC, c/c art. 225, CC).

Nesse sentido, fazem a mesma prova que os originais:

87. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 322.

88. “Tanto as certidões como os traslados são formas de copiar ou reproduzir documentos originais existentes nos arquivos e processos do juízo. Os traslados, porém, correspondem a cópias integrais e autênticas dos originais dos autos do processo. Já as certidões, que também devem reproduzir literalmente o que se acha nos autos do processo ou em livro do cartório, não têm a mesma dimensão do traslado, que se apresenta como uma nova via, uma verdadeira duplicata do documento original, sujeitando-se, por isso, a maiores solenidades que a certidão” (THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 446).

(i) as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas, assim como os traslados de autos, quando por outro escrivão concertados (art. 365, I, CPC, c/c art. 216, CC);

(ii) os traslados e as certidões extraídas por tabelião ou oficial público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas (art. 365, II, CPC, c/c art. 217, CC);

(iii) as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais (art. 365, III, CPC);

(iv) as cópias reprográficas de peças do processo judicial, quando declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade⁸⁹;

(v) os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações confêrem com o que consta na origem⁹⁰;

(vi) as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização⁹¹. Os originais desses documentos, no entanto, deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para ajuizamento de ação rescisória (art. 365, § 1º, CPC).

Com base nessas disposições, é possível até mesmo a instrução da petição inicial de execução de título extrajudicial com cópia *digital* do título exequendo. É o que se poderá fazer para executar valores devidos por conta de *duplicatas eletrônicas*, tão comuns hoje no dia-a-dia, das quais bastará que se extraia uma certidão. Deve-se ver, porém que, em se tratando de cópia digital de título executivo extrajudicial ou outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria (art. 365, § 2º, CPC).

89. No mesmo sentido, art. 830 da CLT, cuja redação foi alterada pela Lei n. 11.925/2009: “Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

90. Inciso acrescentado pela Lei Federal n. 11.419/2006.

91. Inciso acrescentado pela Lei Federal n. 11.419/2006.

Os traslados e as certidões considerar-se-ão instrumentos públicos, se os originais se houverem produzido em juízo como prova de algum ato (art. 218, CC). Esse dispositivo do Código Civil tem por objetivo equiparar o ato de certificação praticado pelo escrivão ou secretário do juízo ao ato do oficial de registro público ou do tabelião⁹². Se a certidão ou traslado extraído pelo escrivão reproduz alguma prova produzida num processo judicial, terá o mesmo valor probatório de um instrumento público.

“Assim, feita uma partilha de imóvel por termo nos autos, ou ajustado um acordo a respeito de um litígio imobiliário, ou tomada por termo uma cessão de herança, e em todas as situações equivalentes, o escrivão está autorizado a fornecer certidão ou traslado que se poderá utilizar como instrumento público para, *v. g.*, ser levado ao Registro de Imóveis, ou para instruir demanda de ação real.

(...) Nesse sentido, a carta de arrematação, de remição ou de adjudicação, quando pertinente a bens imóveis, é título hábil para a transcrição no Registro Imobiliário, justamente por equivaler a um instrumento público. O mesmo haverá de ocorrer com o termo de transação, de cessão ou renúncia de direitos (...).”⁹³

Diz o art. 384 do CPC que “as reproduções fotográficas ou obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como certidões, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original”. Da leitura conjugada deste dispositivo com o art. 218 do CC não se pode, contudo, concluir que a certidão ou traslado extraído pelo escrivão a partir de um documento particular que conste nos autos vai fazer desse documento um instrumento público. *A certidão ou traslado* é que será um instrumento público; nele simplesmente haverá a representação do fato de que o documento particular existe nos autos e tem este ou aquele teor⁹⁴.

Quanto à cópia do documento particular, tem ela o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original (art. 385, *caput*, CPC). Do mesmo modo, a cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original. Como se disse, a cópia simples, não-autenticada ou não-conferida pelo escrivão ou por tabelião, tem o mesmo valor probatório que o documento original, se não for oportunamente impugnada.

Com isso, é despropositada a exigência, muitas vezes vista no dia-a-dia forense, de que a parte autentique todos documentos trazidos aos autos em cópia⁹⁵.

92. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 455.

93. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 455.

94. Cf. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. 3, t. 2, ob. cit., p. 456.

95. Tem a mesma opinião MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 298.

Pior ainda quando isso parte do próprio juiz, antes mesmo da citação do réu. Com efeito, o juiz pode, sim, determinar, de ofício, essa providência, mas para isso deve fundamentar o seu ato, indicando os *dados objetivos* que o fazem suspeitar da falta de autenticidade ou de veracidade das cópias juntadas.

O mesmo vale para a parte contra quem os documentos são produzidos: não basta, como muitas vezes se vê, que os impugne genericamente⁹⁶; para que o *incidente de verificação* ou *de reconhecimento* a que alude o art. 385 tenha lugar, é necessário que a parte indique os motivos que tem para suspeitar da divergência entre o documento original e a cópia. Pensar o contrário é dar munição àquele que tem todo o interesse em procrastinar o processo, suscitando incidentes temerários. O art. 3º do CPC afirma que não é permitido *contestar* (e impugnar, acrescente-se) sem *interesse*.

Pode-se usar aqui o parâmetro da Lei Federal nº 11.419/2006, que, dentre outras coisas, veio regulamentar o chamado *processo eletrônico*. A certa altura se diz o seguinte: “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais” (art. 11). “Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais. *ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização*” (§ 1º).

Como se vê, exige-se que a alegação de falsidade deve ser *motivada e fundamentada*. Trata-se de reiteração que parece deixar clara a intenção do legislador de impedir as tais impugnações genéricas, incompatíveis com a celeridade e a lealdade processuais.

A fotografia faz prova dos fatos ou das coisas nela representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade, isto é, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhe impugnar a exatidão (art. 383, CPC, c/c art. 225, CC). Sucede que, de acordo com o § 1º do art. 385 do CPC, a fotografia, para ser juntada aos autos, deverá estar acompanhada do respectivo negativo.

A fotografia está para o seu negativo assim como a cópia de um documento está para o seu original. Essa constatação, contudo, faz enxergar uma contradição entre os termos do art. 383 e do art. 385, § 1º, do CPC, na medida em que o primeiro admite a plena eficácia probatória das reproduções fotográficas, salvo quando impugnadas, enquanto que o segundo parece condicionar essa eficácia à juntada do original (negativo) – o que esvaziaria o conteúdo da primeira disposição⁹⁷.

96. É muito comum a utilização do jargão “quanto aos documentos trazidos, ficam todos impugnados, porque juntados em cópias inautênticas”.

97. Perceberam bem o ponto MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 380.

Os dispositivos precisam ser entendidos conjuntamente.

A fotografia tem plena eficácia probatória, mesmo quando desacompanhada do negativo⁹⁸. O negativo somente é exigível se a fotografia for impugnada, e desde que haja fundadas razões para esta impugnação. Daí que a interpretação correta do § 1º do art. 385 é no sentido de que a fotografia terá que ser acompanhada do respectivo negativo, se lhe for impugnada a conformidade. Havendo impugnação, se o negativo não for trazido aos autos, isso não quer dizer que a fotografia será imprestável como prova; nesse caso, caberá ao juiz conferir-lhe o valor que merecer, de acordo com o seu livre convencimento.

Casos há em que sequer existe um negativo a ser exibido – como ocorre com as fotografias obtidas por câmeras digitais ou máquinas *Polaroid* (de saudosa memória) –, de modo que, aí, obviamente, não se poderá exigir da parte essa exibição. Eventual dúvida quanto à sua autenticidade pode ser dirimida mediante perícia na própria fotografia ou no arquivo eletrônico correspondente.

Esta é a mesma interpretação a ser dada ao § 2º do mesmo art. 385, que determina que “se a prova for uma fotografia publicada em jornal, exigir-se-ão o original e o negativo”. Na verdade, a juntada pura e simples do jornal já é suficiente para a demonstração do fato que se quer provar; se, porém, a fotografia nele contida for impugnada, deverão ser trazidos aos autos a fotografia propriamente dita e o seu negativo.

9. VÍCIOS DO DOCUMENTO: A IRREGULARIDADE E A FALSIDADE

Os vícios que podem inquinar o documento são classificados em *extrínsecos* e *intrínsecos*. Vícios *extrínsecos* são aqueles que dizem respeito à sua forma, como, por exemplo, a inobservância de formalidades legais ou dos critérios de competência para a formação de um documento público (art. 367, CPC), a existência de entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento em ponto substancial do documento e sem qualquer ressalva (art. 386, CPC).

Diz o art. 386 do CPC que “o juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento”. Trata-se de disposição desnecessária, diante da previsão genérica do livre convencimento motivado (art. 131, CPC). De qualquer modo, é ela importante para demonstrar que o só fato de conter um vício não quer dizer que o documento vá perder a sua força probante.

Vícios *intrínsecos* são aqueles inerentes ao seu conteúdo, isto é, à essência do documento ou à substância do ato ou fato nele representado⁹⁹. É o que ocorre, por exemplo, quando o documento representa um fato ou ideia que não ocorreu.

98. Aliás, é o que diz o art. 225 do CC, que é norma mais recente.

99. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, ob. cit., p. 413.

Nem sempre o vício vai gerar a falsidade do documento.

Pode ser que o documento seja defeituoso, mas não seja falso¹⁰⁰. Por exemplo, o documento público formado por agente incompetente ou sem a observância das formalidades legais é documento defeituoso, mas esse vício não induz necessariamente a sua falsidade, tanto que, estando subscrito pelas partes, tem valor de documento particular (art. 367, CPC).

Do mesmo modo, o documento que, em ponto substancial e sem ressalva, contém emendas ou rasuras pode ser considerado defeituoso, mas não necessariamente falso. Se, a despeito desse vício, as partes confirmam a sua exatidão em juízo ou o fazem por meio de um outro documento, não há que se falar em falsidade.

Mas o vício pode gerar a falsidade do documento.

De acordo com o parágrafo único do art. 387, a falsidade consiste: (i) em formar documento não verdadeiro; (ii) ou alterar documento verdadeiro. Segundo AMARAL SANTOS, “o documento pode ser falso como documento, isto é, por ser falso o fato de sua formação; ou pode ser falso porque formado para fornecer a prova de fatos inverdadeiros”¹⁰¹. Disso se podem extrair as noções de falsidade material e de falsidade ideológica.

A *falsidade material* consiste “na ofensa à verdade devida à formação de documento falso ou a alterações introduzidas em documento verdadeiro”¹⁰². Ela pode decorrer da *confecção* de um documento novo – p. ex., formação do documento e lançamento de assinatura falsa; inclusão de texto em documento assinado em branco (art. 388, p. único, CPC) etc. – ou da *adulteração* de um documento já existente – p. ex., acrescentar sub-repticiamente informações em documento pré-existente; adulterar fotografias, ou gravações sonoras ou audiovisuais.

Há *falsidade ideológica* quando, “em um documento, materialmente verdadeiro, são expostos fatos ou declarações desconformes com a verdade”¹⁰³. É o que ocorre, por exemplo, quando o oficial público narra, em documento público materialmente verdadeiro, ter-se passado determinado fato à sua vista, sem que isso efetivamente tivesse acontecido; é o que ocorre também nos instrumentos contratuais em que há simulação de um negócio jurídico.

100. Em sentido diverso, Amaral Santos aproxima as noções de falsidade material e de vícios extrínsecos, afirmando que estes levam àquela, na medida em que atingem a perfeição material do documento (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 456).

101. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, ob. cit., p. 225.

102. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 454.

103. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, ob. cit., p. 451.

A simples contestação da assinatura aposta num documento particular ou a alegação de que fora abusivamente preenchido já é suficiente para impedir que sobre um documento particular incida a presunção de autenticidade ou de veracidade (art. 388, CPC). Diz-se que há abuso no preenchimento do documento quando a pessoa que recebeu documento assinado, com texto não escrito no todo ou em parte, formá-lo ou completá-lo, por si ou por meio de outrem, violando o pacto feito com o signatário (art. 388, p. único, CPC).

A falsidade, conforme se verá mais adiante, pode ser arguida como questão incidental no processo ou por meio de pedido de declaração incidental de falsidade (arts. 390 e seguintes). Uma vez reconhecida a falsidade do documento, seja ele público ou particular, não poderá ser considerado como fonte de prova. Essa decisão pode, ou não, fazer coisa julgada material, a depender da via pela qual a falsidade foi alegada. É o que se verá no item relativo à arguição de falsidade.

10. DOCUMENTO ELETRÔNICO

Segundo a lição de AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI, “o documento eletrônico é (...) uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital”¹⁰⁴.

Para que se possa atribuir valor probatório aos documentos eletrônicos, é fundamental avaliar o grau de segurança e de certeza que se pode ter, sobretudo quanto à sua *autenticidade*, que permite identificar a sua autoria, e à sua *integridade*, que permite garantir a inalterabilidade do seu conteúdo. Somente a certeza quanto a esses dados é que poderá garantir a eficácia probatória desses documentos.

Essa é uma preocupação constante, já que a evolução tecnológica aponta no sentido de que esses documentos serão cada vez mais utilizados, sobretudo no trânsito jurídico de bens e serviços. O problema é que, pelo seu próprio conceito (sequência de *bits* representativa de um fato), já se vê que a maior e melhor característica do documento eletrônico – que é a sua versatilidade, ou *flexibilidade*, na medida em que, em segundos, ele pode ser formado e utilizado, mediante envio pela Internet, em qualquer lugar do mundo – é também a porta para possíveis adulterações, o que infirma a sua integridade e, pois, a sua eficácia probatória.

104. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

Pensando nisso é que têm sido desenvolvidas técnicas que buscam dar maior segurança e confiabilidade a esses documentos. Normalmente essas técnicas vinculam a garantia da autenticidade à integridade do conteúdo do documento, de modo que, alterado o seu conteúdo, desfaz-se a vinculação entre este novo conteúdo (alterado) e o autor do documento originário.

São várias as técnicas, que podem conferir maior ou menor segurança, a depender do tipo.

Tem-se, por exemplo¹⁰⁵: (i) a assinatura digitalizada (que não se confunde com a assinatura digital), que nada mais é que uma imagem da assinatura autógrafo, a qual pode ser lançada no documento para identificar a sua autoria; (ii) as firmas biométricas, que permitem reconhecer a autoria de uma declaração a partir das características físicas do seu emitente (a íris dos olhos, a impressão digital, o timbre de voz etc.); (iii) as senhas pessoais, como o PIN (*Personal Identification Number* ou Número de Identificação Pessoal), a *Password* (palavra de aprovação) e a *Passphrase* (frase de passagem ou aprovação), muito utilizadas nos terminais bancários, nas transações eletrônicas etc.; (iv) a esteganografia, que transforma o documento em um código (espécie de criptografia) e lhe agrega um elemento marcante, semelhante a uma marca d'água; dentre outras.

A técnica mais segura de que hoje se tem conhecimento é a *criptografia*. Por essa técnica, a declaração (mensagem) é cifrada e transformada num código ininteligível àquele que não conhece o padrão para a decifração. O padrão utilizado para cifrar ou decifrar as mensagens é denominado de *chave*. Somente quem a conhece é que pode ter acesso ao conteúdo da mensagem.

Júlio César, imperador romano, criou um eficiente sistema de envio de mensagens criptografadas para os seus centuriões no campo de batalha. Por meio dela, mandava substituir as letras do texto original sempre pela terceira letra que lhe sucedesse no alfabeto. Essa era, portanto, a *chave* para cifrar a mensagem. Quem a recebesse, precisaria valer-se desta mesma *chave* para decifrá-la, aplicando-a inversamente: as letras da mensagem recebida deveriam ser substituídas pela terceira letra que lhe antecederesse no alfabeto.

Atualmente, a criptografia usa conceitos matemáticos extremamente complexos (os *algoritmos*) como chave para cifrar as mensagens. Essas chaves, no entanto, não codificam letras ou números, mas os próprios *bits* que compõem a sequência do documento eletrônico¹⁰⁶.

105. Exemplos colhidos em MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 152-155.

106. Cf. MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*, ob. cit., p. 156-159; LAGO Jr., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr, 2001, p. 35.

Há duas formas de criptografia: a criptografia *simétrica* e a *assimétrica*.

Como ensina ANTÔNIO LAGO JR., “o uso da *criptografia simétrica*, também chamada de criptografia de chave privada, requer que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo usado para cifrar o seu conteúdo, caso contrário, ficará impossibilitado de decifrar a mensagem, ou seja, o destinatário da mensagem deve ter acesso à chave utilizada pelo remetente”¹⁰⁷. Esse método é frágil em termos de segurança, na medida em que a chave utilizada para decifrar a mensagem é a mesma utilizada para cifrá-la. Assim, sendo ela conhecida pelo receptor, não se pode garantir que ele não venha utilizá-la para cifrar novas mensagens, fazendo-se passar pelo autor da mensagem originária. Isso infirmaria, como se pode ver, talvez não a autenticidade da mensagem recebida, mas de tantas outras que, a partir da chave conhecida, pudessem vir a ser formadas.

Já a *criptografia assimétrica* é uma das técnicas capazes de conferir maior segurança quanto à autenticidade e integridade do conteúdo do documento eletrônico. Explica-nos AUGUSTO MARCACINI:

“A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza *duas* chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves dizemos ser a *chave privada*, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a *chave pública*, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Encriptando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada *que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou*. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada, só poderá ser decriptado com a chave pública”.¹⁰⁸

A chave privada, utilizada por aquele que formou o documento eletrônico, gera uma assinatura digital, que permite a identificação do seu autor. Essa assinatura digital pode ser conferida a partir do uso da chave pública. Não se trata, contudo, de um sinal visível, como o é a assinatura manuscrita, mas de uma sequência numérica a que o programa de computador chega a partir de fórmulas matemáticas. A assinatura digital será diferente para cada documento gerado por uma determinada chave privada, mas sempre estará vinculado a ela, o que garante a prova da autenticidade do documento.

107. LAGO JR., Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*, ob. cit., p. 35-36. Acrescentamos o *itálico*.

108. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

Além de essa chave privada poder atestar a autenticidade do documento, ela ficará vinculada ao seu conteúdo, de modo que qualquer alteração superveniente tornará, automaticamente, ineficaz a assinatura digital outrora lançada. Com isso, embora seja possível a alteração do conteúdo do documento guardado pela criptografia assimétrica, essa alteração não mais vinculará o seu autor originário¹⁰⁹. Em outras palavras: a integridade do documento é garantida em relação ao seu autor; não sendo possível identificá-lo, tem-se aí um indício de que o documento foi alterado.

Como se viu, somente a chave pública distribuída por uma determinada pessoa pode ser utilizada para decifrar a mensagem codificada pelo titular da respectiva chave privada. Mas aí surge um novo problema: “qualquer um poderia gerar um par de chaves e atribuir-lhe o nome de qualquer pessoa, existente ou imaginária. A autenticidade do documento eletrônico é conferida sem dificuldade por qualquer usuário de computador, com o uso do programa de criptografia e de posse da chave pública do seu subscritor. Mas, e se a própria chave pública não for autêntica? Esta conferência o programa não tem como realizar. O que fazer, então, para contornar o problema?”¹¹⁰. Nesse caso, a assinatura digital apontaria, como autor do documento, uma determinada pessoa, distinta da que efetivamente formara o documento.

Como ensina ANTÔNIO TERÊNCIO G. L. MARQUES, “para evitar, então, essa fraude, instituiu-se a *certificação digital*, onde a identidade do proprietário das chaves é previamente verificada por uma terceira entidade de confiança dos interlocutores, que terá a incumbência de certificar a ligação entre a chave pública e a pessoa que a emitiu, como também a sua validade”¹¹¹. Essa terceira entidade a que alude o autor, responsável pela certificação digital da identidade do proprietário das chaves e pela divulgação ao público das chaves públicas válidas, é a chamada *autoridade certificadora*¹¹².

No intuito, dentre outras coisas, de garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos eletrônicos, a Medida Provisória nº 2.200-2/2001

109. Cf. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006. O autor explica: “Se uma mínima modificação for feita ao abrir-se o arquivo, e for ele gravado em disco, o documento eletrônico ficará inutilizado, pois perderá o vínculo com a assinatura”.

110. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006.

111. MARQUES, Antônio Terêncio G. L. *A prova documental na internet*, ob. cit., p. 174.

112. É uma espécie de “cibernotário”, como sugere Marcacini (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O documento eletrônico como meio de prova*. Obtido em: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>>. Acesso em: 21.12.2006).

instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil (art. 1º), composta por uma autoridade vinculada ao Comitê Gestor por ela criado e pela cadeia de autoridades certificadoras (art. 2º).

Como se vê, a regulamentação legal veio para viabilizar meios de tornar ainda mais segura a utilização dos documentos eletrônicos protegidos por criptografia assimétrica. A sua eficácia probatória, quando produzido com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, é a mesma dos documentos públicos e particulares, presumindo-se verdadeiros em relação aos signatários (art. 10, *caput* e § 1º), sem obstar, contudo, a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade desses documentos, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa contra quem o documento seja oposto (art. 10 § 2º).

Mais recentemente, o legislador brasileiro, buscando adequar ainda mais o ordenamento à inexorável evolução tecnológica e colocando-a a serviço da efetividade da justiça, editou a Lei Federal n. 11.419/2006, que trata do uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Essa lei, além de regulamentar a *prática* de atos processuais por meio eletrônico (envio de petições, comunicação dos atos processuais etc.), veio também permitir a utilização de uma nova forma de *documentação* desses atos, na medida em que passa a ser dispensável a sua documentação *física*, que poderá ser substituída pela documentação *eletrônica*.

É o que chama de *processo eletrônico*.

No processo eletrônico, os documentos produzidos pelas partes devem observar a *forma eletrônica*, salvo quando a sua digitalização for tecnicamente inviável devido ao grande volume ou porque são ilegíveis, caso em que deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado (art. 11, § 5º, Lei Federal n. 11.419/2006).

Segundo o art. 11, *caput*, os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida naquela lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização (art. 11, § 1º). Havendo arguição de falsidade do documento original, o incidente será processado também eletronicamente (art. 11, § 2º), seguindo o rito previsto no CPC e sobre o qual se falará mais adiante.

Não bastasse tudo isso, essa mesma lei veio admitir expressamente, através de alterações feitas no próprio Código de Processo Civil, a utilização de documentos eletrônicos – p. ex., os extratos digitais de que fala o art. 365, V, CPC¹¹³ – e a prática de atos processuais mediante assinatura eletrônica – p. ex., a assinatura digital da procuração (art. 38, p. único, CPC¹¹⁴) e dos magistrados (art. 164, p. único, CPC¹¹⁵).

Tudo isso mostra como o legislador está atento à evolução tecnológica e à importância que o documento eletrônico vem ganhando na vida cotidiana.

11. PRODUÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

11.1. Momentos da proposição e da produção da prova

Em regra, os momentos de *proposição* e de *produção* da prova documental são absolutamente os mesmos. Ao requerer a produção da prova documental, a parte já a produz. Cabe, contudo, ao magistrado, de ofício ou a requerimento, proceder a um juízo de admissibilidade quanto a essa proposição, indagando, por exemplo, sobre a oportunidade do momento em que o documento é apresentado e sobre o cabimento, na hipótese, da prova documental.

De acordo com o art. 396 do CPC, compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. De uma forma geral, tem-se que a petição inicial e a contestação devem estar acompanhados, sob pena de invalidade, dos chamados documentos *indispensáveis*, que podem ser classificados em *substanciais* e *fundamentais*.

São *substanciais* os documentos que a lei expressamente exige para que a demanda seja proposta (a procuração; título executivo, na execução; prova escrita, na ação monitória; escritura pública, na reivindicatória de imóvel de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente; o comprovante de que a pessoa jurídica é microempresa ou empresa de pequeno porte, para atuar no polo ativo de causa em juizado etc.). São *fundamentais* os documentos que se tornam indispensáveis porque o autor a eles se referiu na petição inicial, como fundamento do seu pedido¹¹⁶.

113. Art. 365. “Fazem a mesma prova que os originais: (...) V – os extratos digitais de bancos de dados, públicos e privados, desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem”.

114. Art. 38, p. único, CPC. “A procuração pode ser assinada digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma da lei específica”.

115. Art. 164, p. único, CPC. “A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei”.

116. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 138.

Faltando um desses documentos à petição inicial, cabe ao juiz intimar o autor para emendá-la, na forma do art. 284 do CPC. Se isso não for feito, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito (art. 295, VI, c/c art. 267, I, CPC). Embora não o diga expressamente, também nos casos em que um documento indispensável deixar de ser juntado à contestação, deverá o réu ser intimado a apresentá-lo em prazo razoável, sob pena de, não o fazendo, operar-se a revelia, em razão da invalidade da contestação por ele apresentada.

Uma última consideração.

Quando o documento contém uma gravação sonora ou audiovisual, é possível distinguir os momentos de proposição e de produção da prova documental. O documento (fita magnética, CD, DVD etc.) deve ser juntado com a petição inicial ou com a contestação, conforme seja, mas, ao contrário do que às vezes se pensa, essa juntada, por si só, não é suficiente para que se diga ter-se produzido a prova.

Para que esse tipo de prova se produza, é necessário que o conteúdo do documento seja analisado na presença das partes, de preferência na audiência de instrução. Essa exigência decorre do direito constitucional à prova e do princípio do contraditório, e tem por escopo permitir que as partes tenham a certeza de que o conteúdo do documento foi devidamente apreciado pelo juiz, bem assim permitir que elas, as partes, possam participar ativamente da colheita dessa prova e se manifestar sobre o seu resultado.

Não basta que o juiz, como muitas vezes ocorre, determine a degravação do seu conteúdo (transcrição para um documento escrito), porque, não raro, isso retira boa parte da força probatória do documento. Embora a degravação seja importante para a documentação do fato representado, por meio dela não é possível perceber, por exemplo, o tom da voz, a agressividade ou a emoção transmitida pelos interlocutores.

11.2. Juntada posterior de documentos

É vedada, em regra, a juntada posterior de documentos, salvo nas seguintes situações:

(i) quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados (fatos supervenientes, que podem ser deduzidos a qualquer tempo, na forma dos arts. 303 e 462 do CPC), ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos (art. 397, CPC);

(ii) quando necessário à demonstração da questão de fato que, por motivo de força maior, não pôde ser deduzida na primeira instância, caso em que poderá ser suscitada na apelação (art. 517, CPC);

(iii) quando o documento estiver em poder de repartição pública, caso em que poderá ser requisitado (art. 399, CPC);

(iv) quando o documento estiver em poder da parte adversária ou de terceiro particular, caso em que poderá ser determinada a sua exibição em juízo (art. 355 e seguintes, CPC).

“O que a lei visa é afastar ou, ao menos, reduzir a possibilidade de ficarem o juiz e as partes à mercê de *sur-présas* consistentes no aparecimento de documentos que a parte, premeditadamente, guarde em segredo para, em ocasião propícia, quando não mais haja oportunidade para discussões e mais provas, oferecê-los a juízo de forma a modificarem ou confundirem a orientação do conhecimento seguida no feito e imprimirem nova feição à causa”.¹¹⁷

E AMARAL SANTOS continua:

“inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la”.¹¹⁸

É preciso lembrar, ainda, que a obtenção de *documento novo* (existente à época da decisão, mas não utilizado por justo motivo) é hipótese de rescindibilidade (art. 485, VII, CPC), não sendo razoável (até mesmo pela pouca utilidade da proibição) vedar-lhe o ingresso posterior nos autos.

Sendo assim, parece que, mesmo fora dos casos previstos expressamente em lei, se o juiz observar que a juntada posterior não causa tumulto algum no processo, tampouco foi pleiteada temerariamente pela parte, poderá admiti-la. De qualquer modo, em todos os casos apresentados, deverá necessariamente intimar a parte contrária a falar sobre o assunto, no prazo de 5 dias (art. 398, CPC).

11.3. Possíveis atitudes da parte contra quem a prova documental é produzida

Uma vez juntado um documento aos autos e intimada a parte contrária para manifestar-se sobre ele, é possível que ela tome as seguintes atitudes.

a) Pode a parte impugnar a juntada do documento, ao fundamento de que a prova documental naqueles casos é inadmissível; é o que se dá, por exemplo, quando o fato probando somente puder ser demonstrado por outro meio de prova, como a pericial, ou quando o documento houver sido juntado em momento

117. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 326.

118. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*, v. 4, p. 326.

inoportuno, fora das hipóteses em que se admite a sua juntada posterior; o prazo para essa manifestação é de 5 dias (art. 398, CPC).

Vê-se, pois, que aqui se está falando sobre a *admissibilidade* da prova documental, não sobre o *conteúdo* do documento. A dificuldade dessa distinção se dá porque, como se viu, os momentos da proposição e da produção da prova documental são idênticos, o que termina por baralhar as noções sobre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito do procedimento de produção da prova. Vale repetir: a manifestação no prazo de 5 dias de que fala o art. 398 do CPC é para que a parte fale sobre a *admissibilidade* da prova documental. Sobre o *conteúdo* do documento ela deverá falar no prazo de 10 dias, conforme se verá adiante¹¹⁹.

b) Admitida expressa ou tacitamente a prova documental, pode a parte arguir a falsidade do documento através do pedido de declaração incidental de que tratam os arts. 390 e seguintes do CPC. Esse incidente tem lugar quando se quer que o magistrado declare, *principaliter*, a falsidade ideológica dos documentos testemunhais ou a falsidade material de quaisquer documentos (art. 387, p. único, CPC), mediante decisão com aptidão para tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Ao incidente de falsidade se voltará mais adiante, em item próprio.

c) Admitida expressa ou tacitamente a prova documental, pode a parte suscitar a falsidade do documento, impugnando a sua autenticidade ou o seu conteúdo, sem necessariamente suscitar o incidente do art. 390. Nesse caso, porém, como não há pedido de declaração incidental da falsidade, a questão será resolvida pelo juiz *incidenter tantum*, na fundamentação da sua sentença. Isso quer dizer que a decisão aqui proferida não terá aptidão para fazer coisa julgada material (art. 469, III, CPC), de modo que o que ficar decidido terá eficácia restrita à causa¹²⁰.

Nesses casos, é muito comum observar a provocação do que se vem chamando de *incidente de verificação* ou de *reconhecimento*, que não se confunde com o incidente de arguição de falsidade¹²¹. É o que se dá, por exemplo, quando a parte reputa inautêntico o documento, por não ter sido reconhecida, seja por autenticidade ou por semelhança, a firma nele lançada (art. 369, CPC), ou quando o reputa imprestável por ter sido ele juntado em cópia simples, sem a devida confrência e certificação feita pelo escrivão (art. 385, *caput*, CPC).

119. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 311-312.

120. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2003, v. 3, p. 581.

121. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 241; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 309-311.

É preciso ter cautela e bom-senso *redobrados* no trato dessas questões. Parece que esse tipo de discussão, seja quando se pede a declaração incidental da falsidade mediante incidente próprio, seja quando a falsidade é suscitada como mera questão incidental, somente é possível quando a parte suscitar algum *dado objetivo* capaz de infirmar a autenticidade e veracidade do documento impugnado. Não se pode admitir como válido o simples pedido, muitas vezes sem qualquer fundamento ou base racional, de que a contra-parte seja intimada a autenticar as folhas do documento apresentado em cópia, ou reconhecer a firma eventualmente lançada. É preciso que se aponte em que se funda a suspeita. Se isso não for feito, caberá ao juiz indeferir o pedido de verificação ou de conferência¹²².

Por esta via, tanto se pode arguir a *falsidade material* quanto a *ideológica*¹²³. Pela via incidental, é possível discutir a falsidade ideológica dos *documentos testemunhais* (que contêm declaração narrativa), como quando se aponta que os fatos narrados e retratados num boletim de ocorrência policial nunca ocorreram, e dos *documentos dispositivos* (que contêm declaração de vontade), como quando se nega a existência real do negócio jurídico documentado ou da confissão supostamente feita.

O prazo para deduzir esses argumentos, segundo o art. 372 do CPC, é o mesmo previsto no art. 390, isto é: na contestação, se o documento foi juntado com a petição inicial, ou o prazo de 10 dias, se foi juntado em outra oportunidade.

d) Admitida expressa ou tacitamente a prova documental, pode ainda a parte, sem imputar qualquer tipo de falsidade ao documento, infirmar a sua eficácia probatória. Exemplo disso se dá quando, embora autêntico e verdadeiro o documento, a parte afirma que, por qualquer motivo, ele não tem o condão de demonstrar os fatos que com ele se queria comprovar. O prazo para que essa manifestação seja colhida é o previsto no art. 372, que, por sua vez, remete ao art. 390: na contestação, para o documento juntado com a inicial; em 10 dias, para o documento juntado em outra oportunidade.

12. MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

12.1. Requisição de documentos

De acordo com o art. 399, o juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes (inciso I) e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta (inciso II).

122. Como se viu, o art. 11, § 1º, da Lei Federal n.º 11.419/2006, exige que a parte, para arguir a falsidade do documento eletrônico, fundamente o seu pedido.

123. Sobre esses conceitos, ver, acima, o item relativo aos vícios do documento.

Recebidos os documentos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem (art. 399, § 1º, CPC). As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico, com as cautelas previstas na Lei Federal n. 11.419/2006, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado (art. 399, § 2º, CPC)¹²⁴.

A possibilidade de o juiz requisitar documentos, prevista no art. 399, tem fundamento no poder instrutório que lhe é reconhecido pelo art. 130 do CPC. Esse poder será exercido sempre que a parte estiver impossibilitada de obter o elemento de prova de que precisa, ou quando o juiz, mesmo de ofício, entender que é necessário buscá-lo para melhor formar o seu convencimento. Embora trate especificamente da possibilidade de requisição de documentos às repartições públicas, é intuitivo que essa possibilidade se estende também às entidades privadas, como instituições bancárias, concessionários de serviços públicos, empresas de telefonia etc¹²⁵.

Questão polêmica é saber se o juiz pode requisitar informações ao Banco Central e à Receita Federal quanto ao endereço para localização do devedor ou quanto às contas bancárias e bens penhoráveis que lhe pertencem e que podem sujeitar-se à execução. Com base no direito fundamental à intimidade (e, portanto, aos sigilos fiscal e bancário), a jurisprudência tem criado empecilhos a essa atuação judicial, admitindo-a apenas em situações excepcionais. Eis um importante julgado, que bem resume o entendimento do STJ sobre o assunto:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. INVAÇÃO DE PRIVACIDADE. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. NÃO-ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA LOCALIZAR BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.
2. O acórdão *a quo* indeferiu pedido de expedição de ofício à Receita Federal para localização do devedor.
3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica e remansosa no sentido de que: – ‘O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário

124. Trata-se de alteração implementada pela Lei Federal n.º 11.419/2006.

125. Nesse sentido, CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 228.

substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo.’ (REsp nº 306570/SP, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, DJ de 18/02/2002) – ‘A requisição judicial, em matéria deste jaez, apenas se justifica desde que haja intransponível barreira para a obtenção dos dados solicitados por meio da via extrajudicial e, bem assim, a demonstração inequívoca de que a exequente envidou esforços paratanto, o que se não deu na espécie, ou, pelo menos, não foi demonstrado. Falecendo demonstração cabal de que foram exauridas, sem êxito, as vias administrativas para obtenção de informações referentes aos bens dos sócios, não há demonstração de vulneração aos arts. 399 do CPC e 198 CTN, que conferem ao magistrado a possibilidade de requisitá-las.’ (REsp nº 204329/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19/06/2000) – ‘As informações sobre a movimentação bancária do executado só devem ser expostas em casos de grande relevância para a prestação jurisdicional. In casu, a varredura das contas em nome do executado, visando posterior penhora, não justifica a quebra do sigilo bancário.’ (AgReg no AG nº 225634/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, DJ de 20/03/2000) – ‘O interesse patrimonial do credor não autoriza, em princípio, a atuação judicial, ordenando a quebra do sigilo bancário, na busca de bens do executado para satisfação da dívida.’ (REsp nº 144062/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 13/03/2000) – ‘Não merece trânsito recurso especial que discute questão já superada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a impossibilidade de quebra de sigilo bancário como forma de possibilitar, no interesse exclusivo da instituição credora e não da Justiça, a expedição de ofício ao Banco Central para obtenção de dados acerca de depósitos em nome do devedor passíveis de penhora pela exequente.’ (REsp nº 181567/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 21/02/2000).

4. Inexistência de comprovação de esgotamento de todos os meios para localizar bens em nome do executado.

5. Agravo regimental não-provido”.¹²⁶

A questão, porém, precisa ser analisada também sob a ótica do direito fundamental *do credor* à prova e à tutela executiva, que lhe são tão caros quanto o direito fundamental do devedor à intimidade. A saída, portanto, não é estabelecer uma vedação em abstrato, nem admitir a requisição apenas em situações excepcionais, mas aferir *no caso concreto* e à luz do princípio da proporcionalidade o interesse que merece ser mais bem tutelado. Não são raros os casos em que o devedor, arditosamente, oculta os seus bens para fugir à excussão judicial e, com isso, frustrar o adimplemento de uma sua obrigação (muitas vezes certificada *judicialmente*), o que representa ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, II e IV, CPC).

Nesses casos, sobretudo porque ao credor é muito difícil obter sozinho essas informações, parece ser possível que o magistrado imponha ao executado o dever acessório de indicar os bens sujeitos à execução, sob pena de lhe ser aplicada

126. STJ, 1.^a T., AgRg no REsp 809.848/BA, rel. Min. José Delgado, j. em 18.05.2006, publicado no DJ de 08.06.2006, p. 145.

uma medida coercitiva indireta. Não sendo atendida a ordem judicial, além da imposição da medida coercitiva prevista e da multa por *contempt of court* (art. 601, CPC), poderá o magistrado – e por que não? – determinar ao Banco Central, à Receita Federal ou a qualquer outra repartição que forneça os documentos necessários à identificação dos bens sujeitos à expropriação forçada.

A propósito, eis o que dizia o enunciado nº 3 da súmula do entendimento predominante do extinto Tribunal de Alçada do Paraná: “É legítima a pretensão do credor em obter, para efeito de penhora em processo de execução, esclarecimentos sobre a existência de bens declarados pelo devedor perante a Receita Federal”.¹²⁷

Requisitados os documentos, seja nessa seja em qualquer outra situação, o não atendimento da ordem judicial ensejará a aplicação, ao agente público que a descumpriu, da multa por *contempt of court* prevista no art. 14, V e p. único, do CPC.

12.2. Exibição de documento ou coisa

12.2.1. Generalidades

Embora venha tratado como meio de prova autônomo, a exibição de documento ou coisa pode ser considerada um meio de obtenção de elementos de prova documental.

Funda-se no direito constitucional à prova, que é assegurado a todo aquele que participa de um processo, seja judicial ou administrativo. Nesse sentido, não pode o litigante ver tolhida a possibilidade de valer-se de uma determinada prova somente porque está ela em poder da outra parte ou de terceiro particular¹²⁸. Com efeito, em casos tais, existem mecanismos aptos a buscar a prova onde quer que ela esteja e trazê-la aos autos do processo.

Dispõe o art. 381 do CPC que “o juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo: I – na liquidação de sociedade; II – na sucessão por morte de sócio; III – quando e como determinar a lei”. A previsão é desnecessária, porque é possível pedir a exibição de *qualquer* documento, e não só dos livros comerciais e documentos do arquivo.

A depender da circunstância de o documento ou coisa estar em mãos da parte adversária ou de terceiro particular, o procedimento a ser seguido será distinto, porque distinta será a natureza jurídica do instituto em cada caso: contra a parte

127. Colhido em ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 441, nota de rodapé n.º 52.

128. Diz-se *terceiro particular* porque, em se tratando de documento que esteja em poder de ente público (sentido amplo), cabível é a requisição de que trata o art. 399 do CPC.

adversária, ter-se-á um *incidente processual*; contra o terceiro particular, um verdadeiro *processo incidente*¹²⁹.

Por isso, cada uma das hipóteses será tratada em item próprio.

12.2.2. Pedido de exibição formulado em face da parte adversária

O procedimento da exibição promovida em face da parte está regulamentado nos arts. 355 a 359 do CPC. O pedido de exibição poderá ser feito por qualquer das partes em face da outra, ou ainda pelo terceiro interveniente, na medida em que, ingressando no processo, ele passa a ser sujeito parcial. Com base nos seus poderes instrutórios, é possível também que o juiz determine de ofício a exibição¹³⁰.

Havendo pedido da parte, deve ser deduzido na petição inicial, se formulado pelo autor; na contestação, se formulado pelo réu; na peça que lhe servir de ingresso nos autos, se formulado pelo terceiro interveniente; ou, se a necessidade de utilização do documento surgir no curso do processo, através de petição autônoma, mas sempre nos mesmos autos.

Em todos os casos, o pedido de exibição deverá conter (art. 356, CPC): (i) a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; (ii) a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa; (iii) e as circunstâncias em que se fûnda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

Uma vez deduzido o pedido, o juiz intimará a parte contrária para que sobre ele se manifeste (a) na própria contestação, se o pedido for formulado pelo autor em sua inicial; (b) na réplica, se cabível, quando o pedido for formulado pelo réu em sua contestação; (c) em 5 dias, contados da intimação, nos demais casos (art. 357, CPC).

Cientificado do pedido, o requerido pode adotar as seguintes posturas.

a) Pode ele exibir o documento/coisa, caso em que satisfeita estará a pretensão exhibitória da contraparte.

b) Pode permanecer silente, caso em que o juiz está autorizado a presumir verdadeiros os fatos que se pretendia provar por meio do documento/coisa (art.

129. Será, porém, mero incidente processual, se a ordem de exibição dirigida ao terceiro for determinada de ofício pelo juiz.

130. Nesse sentido, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, p. 189. Em sentido contrário, não a admitindo de ofício, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 141.

359, I, CPC). Sobre essa presunção de veracidade, ver as considerações feitas ao final deste item.

c) No prazo para resposta, pode o requerido, admitindo ter o documento/coisa em seu poder, recusar-se a exibi-lo(a).

O art. 363, CPC, traz um rol exemplificativo de situações em que a recusa é havida como legítima; é o que se dá:

(i) quando o documento/coisa cuja exibição se pediu diz respeito exclusivamente a negócios da própria vida da família e desde que, por isso mesmo, não tenha relevância para o deslinde da causa;

(ii) se a sua apresentação puder violar dever de honra, como quando um amigo se comprometeu com outro a assistir e guardar a fita original de um filme ainda inédito, no intuito de criticá-lo nos devidos termos, e contra ele se formula pedido de exibição dessa fita;

(iii) se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal, como se dá com a exposição de diários íntimos ou de documentos que demonstrem a prática de conduta criminosa;

(iv) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo, como ocorre com o advogado, o médico ou o padre sobre os fatos de que tomou conhecimento no exercício de sua profissão;

(v) por fim, se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.

Trata-se de situação em que o magistrado tem que ponderar os interesses em jogo, valendo-se para tanto do princípio da proporcionalidade. Se a recusa se encaixar numa dessas hipóteses e o bem da vida em que ela se funda merecer, no caso concreto, maior proteção, mesmo em sacrifício do direito fundamental à prova da parte contrária ou do bem jurídico que com ela se buscava resguardar, o juiz a terá como legítima e dispensará a exibição. Se os motivos indicados acima disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo (art. 363, p. único, CPC).

A recusa, porém, será havida como ilegítima se não encaixar-se em qualquer das hipóteses do art. 363, CPC, ou se, mesmo se inserindo numa daquelas hipóteses, o bem da vida que se busca resguardar com a produção da prova se mostrar mais relevante que o bem jurídico por ela sacrificado. Também será ilegítima a

recusa¹³¹ se, conforme prevê o art. 358, CPC: (i) o requerido tiver obrigação legal de exhibir; (ii) o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova¹³²; (iii) o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

Nesses casos, o juiz deverá exortar a parte a exhibir o documento/coisa. Se assim não fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos que se pretendia provar com o documento/coisa cuja exibição se pediu (art. 359, II, CPC).

d) Pode, por último, o requerido negar que o documento/coisa esteja em seu poder, caso em que o requerente poderá produzir prova para demonstrar o contrário (art. 357, 2ª parte, CPC); provando que o documento/coisa está em poder do requerido, se este se recusar a exibi-lo(a), o juiz presumirá verdadeiros os fatos (art. 359, I, CPC).

Por último, algumas considerações.

Considerando que a presunção de veracidade aí é uma sanção, é necessário que conste do instrumento de intimação dirigido ao requerido a advertência quanto à possibilidade de sua imposição, acaso permaneça silente ou se recuse, ilegitimamente, a exhibir o documento/coisa.

Deve-se ver ainda que a presunção de veracidade não poderá ser aplicada nos casos em que: (i) for inadmissível a confissão como meio de prova (p. ex., quando os fatos presumidos como verdadeiros disserem respeito a direitos que não admitam conciliação – art. 351, CPC); (ii) o único meio de prova admissível for o instrumento público (art. 366, CPC); (iii) por outro modo o documento ou a coisa foi exibida (p. ex., outra pessoa o juntou aos autos); (iv) o pedido de exibição foi impugnado por um litisconsorte, no caso de a exibição ter sido pedida contra mais de uma pessoa; (iv) houver, nos autos, elementos de prova suficientes para afastar a presunção de que são verídicos os fatos que se queria provar.

Nada impede que o juiz se utilize, para buscar o cumprimento da ordem de exibição, de medidas coercitivas diretas ou indiretas, em lugar da presunção

131. Entendendo haver, nesses casos, uma presunção *absoluta* de ilegitimidade da recusa, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 196-197.

132. Assim, “se uma das partes alude a certo documento ou coisa, com o propósito de com ele constituir prova, nasce para a outra parte o direito de conhecer esse documento ou coisa, de reclamar desde logo sua produção e juízo. Não se trata de documento ou coisa, propriamente comum às partes, mas de documento que, por força do princípio da *comunhão da prova*, se tornou processualmente *comum* a elas, porque referido na causa como meio de prova dos fatos controvertidos” (SANTOS, Moacyr Amara. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, ob. cit., p. 148).

de veracidade, ou em apoio a ela. Isso é possível não só nos casos em que essa presunção é inadmissível como também, mesmo sendo ela admissível, quando o juiz estiver em busca de um melhor convencimento acerca dos fatos envolvidos na causa.

De todo modo, a presunção de veracidade que então se erige é *iuris tantum*, podendo ceder em face de prova contrária. Assim, pode o juiz, fundamentadamente, afastá-la por considerar que há nos autos outras provas que se mostram incompatíveis com as alegações de fato cuja veracidade se pretendia demonstrar. Além disso, como toda presunção relativa, ela opera a inversão do ônus da prova, podendo a parte prejudicada produzir prova no sentido de desconstitui-la.

O incidente gerado pelo pedido de exibição deverá ser instruído junto com a causa principal e nos mesmos autos dela, sem suspensão do curso do processo. Havendo necessidade, porém, poderá o magistrado suspender o processo para decidir apenas o incidente de exibição (p. ex., art. 265, IV, “b”, CPC). A decisão que resolve o incidente é interlocutória e, pois, agravável.

12.2.3. Procedimento da exibição promovida em face de terceiro particular

A exibição, quando requerida em face de terceiro, dá ensejo a um processo incidental, deflagrando uma nova relação jurídica processual, que passa a vincular o requerente e o terceiro-requerido. Nesse sentido, equipara-se à medida preparatória de colheita de elementos probatórios prevista nos arts. 844-845 do CPC. É possível que o juiz, de ofício, determine ao terceiro particular a exibição de documento/coisa. Nesse caso, porém, não se vai deflagrar um *processo incidente*, mas apenas um *incidente do processo*, que será em tudo semelhante ao incidente da requisição de que trata o art. 399.

O art. 13 da Lei Federal nº 11.419/2006 diz que “o magistrado poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo”. O seu § 1º dispõe que “consideram-se cadastros públicos, para os efeitos deste artigo, dentre outros existentes ou que venham a ser criados, ainda que mantidos por concessionárias de serviço público ou empresas privadas, os que contenham informações indispensáveis ao exercício da função judicante”. Isso só corrobora o que se afirmou, quanto à possibilidade de que o juiz, *ex officio*, determine a terceiro particular a exibição de documento.

Quando houver requerimento das partes, o pedido de exibição deve ser feito em petição autônoma, que, apesar do silêncio da lei, será autuada em apartado. Esse pedido, como todo ato postulatório, deve pautar-se numa causa de pedir, que deverá ser exposta pelo requerente. O terceiro será citado para responder em 10 dias (art. 360, CPC).

Devidamente citado, o terceiro pode adotar uma das seguintes condutas.

a) Pode exibir o documento/coisa, caso em que satisfeita estará a pretensão exhibitória da contra-parte.

b) Pode permanecer silente, caso em que o seu comportamento deve ser equiparado à recusa tácita (art. 362, CPC).

c) No prazo para resposta, pode recusar-se a exibir o documento/coisa, nos casos apontados no art. 363, CPC; aplica-se aqui o que se disse no item anterior sobre a necessidade de ponderação dos interesses em jogo; se a recusa fôr havida como ilegítima, o juiz ordenará o depósito do documento/coisa, sob pena de busca e apreensão (art. 362, CPC).

d) Pode ainda o terceiro-requerido negar que o documento/coisa esteja em seu poder, caso em que o juiz determinará a instrução, se necessário, do processo incidental, facultando-se ao requerente produzir prova para demonstrar que o documento/coisa está com o requerido (art. 361, CPC); provando que está em seu poder, se este se recusar a exibi-lo(a), o juiz procederá do mesmo modo que no item anterior.

O processo se resolve por sentença, impugnável por apelação. Ao impor ao réu a ordem de exibição, pode o juiz valer-se de qualquer medida coercitiva direta ou indireta (art. 461, § 5º, CPC), e não só da busca e apreensão. Por óbvio, não faz sentido falar, no procedimento promovido em face de terceiro, na imposição da sanção de presunção de veracidade.

13. ARGUIÇÃO DE FALSIDADE

13.1. Noção

A falsidade de um determinado documento pode ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem ele foi produzido, suscitá-lo na contestação, acaso o documento reputado falso haja sido juntado à inicial, ou em 10 dias, contados da ciência que a parte tiver acerca da juntada do documento (art. 390, CPC). Apesar de o art. 390 afirmar que a arguição deve ser suscitada *na contestação*, o que aí se pretende dizer é que ela deve ser suscitada *no prazo da contestação*, até porque o pedido deve ser deduzido em petição apartada (conforme arts. 391 e 393, CPC). Por isso, não se exige que o réu conteste a inicial para que a arguição possa ser suscitada¹³³.

133. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 422.

O instituto de que ora se cuida tanto se presta à arguição de falsidade quanto à formação do documento (a chamada falsidade *material*), como, quando ele contiver declarações narrativas, à impugnação do seu conteúdo, nos casos em que os fatos nele representados não forem condizentes com a realidade (a chamada falsidade *ideológica*). A falsidade ideológica, contudo, somente pode ser arguida por meio deste incidente quando se tratar de documento testemunhal (aquele que contém declaração narrativa), não quando contiver declarações de vontade, porque aí há instrumentos próprios para a sua desconstituição (p. ex., as ações judiciais de invalidação)¹³⁴.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DOCUMENTO NARRATIVO. APURAÇÃO PELA VIA INCIDENTAL, ART. 390, CPC. DISCIPLINA NO CPP. RECURSO PROVIDO. – A falsidade ideológica, salvo nas hipóteses em que o seu reconhecimento importe em desconstituição de situação jurídica, pode ser arguida como incidente, máxime quando sua apuração dependa unicamente da análise de prova documental”.¹³⁵

“INCIDENTE DE FALSIDADE. ALCANCE. VALIDADE DO TÍTULO QUE JUSTIFICA A POSSE. 1. A jurisprudência da Corte admite, em circunstâncias especiais, o incidente para a arguição da falsidade ideológica, mas tal não ocorre quando ‘o seu reconhecimento importe em desconstituição de situação jurídica’, como no caso dos autos. 2. Recurso especial não conhecido”.¹³⁶

O não oferecimento da arguição no prazo legal implicará, no particular, a presunção de autenticidade do documento (art. 372, *caput*, CPC), salvo se essa admissão decorreu de erro de fato ou de coação (art. 372, p. único, CPC). O juiz, no entanto, duvidando da sua autenticidade, poderá negar-lhe eficácia probatória, com base no seu livre convencimento, desde que fundamente a sua decisão¹³⁷. Além disso, a presunção de autenticidade decorrente da admissão expressa ou tácita não impede o ajuizamento de ação autônoma visando à declaração da falsidade daquele mesmo documento (art. 4º, II, CPC).

13.2. Natureza jurídica e finalidade

A arguição de falsidade tem por objeto uma *questão de fato* (autenticidade ou falsidade de um documento), que é *prejudicial* ao julgamento do objeto litigioso,

134. Ver, sobre o assunto, com amplas considerações: THEODORO JR., Humberto. “Ação declaratória e incidente de falsidade: falso ideológico e intervenção de terceiros”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 51, p. 32 e seguintes.

135. STJ, 4ª T., REsp 19920/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 15.06.1993, publicado no DJ de 25.10.1993, p. 22498.

136. STJ, 3ª T., REsp 167.726/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 23.08.1999, publicado no DJ de 18.10.1999, p. 228.

137. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 424-425.

na medida em que o interesse de agir de quem a suscita, conforme se verá, está vinculado à relevância do documento reputado falso para o deslinde da causa. Assim, saber se o documento é, ou não, falso deve ser uma questão que tenha aptidão para influenciar na resolução do próprio mérito da demanda.

No momento em que surge uma controvérsia sobre uma questão prejudicial ao mérito da causa, é possível que as partes peçam sobre ela uma *declaração incidental* do magistrado. Quando a questão prejudicial controvertida versar sobre a autenticidade ou falsidade de um documento, podem ser aplicados, por analogia, os arts. 5º e 325 do CPC.

Dessa forma, a arguição de falsidade nada mais é que uma *ação declaratória incidental*, semelhante àquela que pode ser requerida para a discussão de questão jurídica prejudicial (arts. 5º e 325, CPC), mas que tem por objeto uma *questão de fato*, o que, pelo art. 4º, II, do CPC, se mostra possível.

Como ação declaratória incidental, a arguição de falsidade tem natureza jurídica de demanda incidental, cuja formulação tem o condão de ampliar objetivamente o objeto litigioso do processo, acrescentando-lhe mais uma questão principal para ser decidida. Tal como ocorre na declaração incidental fundada nos arts. 5º e 325, o seu objetivo é fazer com que uma questão, que até então seria resolvida apenas *incidenter tantum*, passe a ser resolvida e decidida *principaliter*, a fim de que a solução que se lhe dê possa fazer coisa julgada material (art. 470, CPC)¹³⁸.

Pouco importa, pois, o momento em que a falsidade é arguida. Suscitada antes ou depois de encerrada a instrução probatória, ela ensejará uma ampliação do *thema decidendum*. A diferença é apenas quanto ao *modus operandi*: suscitada antes de encerrada a instrução, a petição comporá os autos do processo principal; suscitada após, a petição deverá ser autuada em apenso (art. 393, CPC)¹³⁹.

Considera-se encerrada a instrução, de acordo com o art. 454, *caput*, do CPC, no momento em que se abre a oportunidade para as partes deduzirem as suas razões finais, sejam elas expostas oralmente em audiência, sejam elas deduzidas por escrito.

138. Sobre os conceitos de questões *incidenter tantum* e *principaliter*, ver o capítulo sobre cognição judicial, no v. I deste *Curso*. Sobre a influência desses conceitos na formação da coisa julgada material, ver o capítulo sobre coisa julgada, neste volume.

139. Marinoni e Arenhart conferem à arguição a natureza jurídica de *incidente processual*, se o documento reputado falso foi juntado aos autos antes de encerrada a instrução (art. 391, CPC), e de *processo incidente*, se depois (art. 393, CPC). Entendem, porém, tratar-se, em ambos os casos, de ação declaratória incidental (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 410-411).

Nada impede, porém que a parte suscite a falsidade material ou ideológica como mera questão incidental em sua defesa, sem pedir que o juiz decida a questão *principaliter*. “Se a parte argúi a falsidade em simples defesa e sem o formalismo do incidente regido pelos arts. 390 e ss. do Código de Processo Civil, o que a propósito decidir o juiz terá eficácia restrita à causa e essa decisão figurará entre os fundamentos da sentença final (declaração *incidenter tantum*)”¹⁴⁰. Nesses casos, pois, não se vai falar em coisa julgada material.

MONIZ DE ARAGÃO, preocupado com a imutabilidade de uma decisão que, por falta de prova, rejeitasse o pedido de declaração de falsidade, pondera que a coisa julgada material somente deveria se operar se houvesse exaurimento dos meios de prova (coisa julgada *secundum eventum probationis*), valendo-se do art. 386, II, do Código de Processo Penal¹⁴¹, como base para a sua assertiva, já que a falsificação de documento também configura ilícito penal¹⁴². Não parece correto o raciocínio, porque a coisa julgada *secundum eventum probationis* deve decorrer de texto expresso de lei e, além disso, a declaração de autenticidade do documento no juízo cível não obsta a eventual apuração de sua falsidade e condenação do infrator no juízo criminal.

13.3. Legitimidade e interesse

Tem legitimidade para arguir a falsidade documental o sujeito parcial contra quem foi produzido o documento (art. 390, CPC). Reconhece-se também, embora isso não seja trivial, a legitimidade da própria parte que produziu o documento¹⁴³. Quanto à legitimidade do Ministério Público, na condição de fiscal da lei, parece que poderá alegar a falsidade material ou ideológica, porque lhe cabe “requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade” (art. 83, II, CPC), mas não por meio de demanda incidental, e sim como mera questão incidental, cuja resolução deverá compor os fundamentos da sentença¹⁴⁴.

A arguição deve ser deduzida exclusivamente contra o sujeito que trouxe aos autos o documento reputado falso, pouco importando se ele está em litisconsórcio na demanda principal. Se o sujeito que o trouxe aos autos não é o seu autor material, não se pode incluir no polo passivo da arguição terceiro estranho ao litígio original. O sujeito passivo é aquele que produziu o documento, não quem lhe deu origem. Se, porém, o documento foi trazido aos autos por determinação

140. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 581. Também nesse sentido, TABOSA, Fábio. *Código de Processo Civil interpretado*, ob. cit., p. 1.187.

141. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) II – não haver prova da existência do fato.

142. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 316.

143. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 302.

144. Admitindo a legitimidade do Ministério Público, sem fazer essa ressalva, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 302; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 426.

ex officio do juiz, a arguição deverá ser deduzida pelo sujeito a quem esse documento prejudica e contra o sujeito a quem ele beneficia¹⁴⁵.

“Aqui, porém, uma particularidade resultará da ação incidental de falsidade: é vedado ao réu pretender retirar a prova dos autos, a fim de evitar o prosseguimento do incidente (art. 392, parágrafo único). Isto porque não foi ele quem introduziu o documento nos autos, logo, não pode ser ele a determinar o seu desentranhamento”.¹⁴⁶

Somente se reconhece o interesse de agir para a arguição quando houver dúvida objetiva acerca da autenticidade ou falsidade do documento e quando o documento reputado falso for relevante ao deslinde da causa. Não o sendo, ou tendo-se tornado desnecessário em função da produção de outros meios de prova igualmente relevantes, carece de interesse o suscitante¹⁴⁷.

13.4. Procedimento

O incidente será suscitado através de petição escrita dirigida ao juiz da causa, com exposição da causa de pedir, formulação do pedido de declaração de falsidade e indicação dos meios de prova a serem utilizados na instrução do feito (art. 391, CPC). Se o documento cuja falsidade se argúi foi juntado aos autos antes de encerrada a instrução, a petição será autuada no próprio processo principal; se depois, será autuada em apartado (art. 393, CPC). Se o incidente ocorrer no tribunal, a petição deverá ser dirigida ao relator do processo (art. 393, 2ª parte, CPC).

Admitida a petição, o juiz suspenderá o processo principal até decidir o incidente (art. 394, CPC)¹⁴⁸. Em seguida, determinará a intimação da parte contrária para que ofereça resposta em 10 dias (art. 392, CPC).

Se as partes concordarem, aquele que produziu o documento poderá requerer o seu desentranhamento do processo, caso em que a demanda retomará o seu rumo, obviamente sem o documento (art. 392, p. único, CPC)¹⁴⁹. Caso contrário, o juiz designará, se necessário, perícia para verificar a falsidade ou autenticidade do documento.

145. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 427-428.

146. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 428.

147. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, v. 4, t. 1, ob. cit., p. 303; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 434.

148. “A suspensão imprópria causada pelo incidente de falsidade limita-se em princípio a retardar a prolação de sentença na causa principal, sem truncar a marcha da instrução desta” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 582).

149. Como já se viu anteriormente, essa possibilidade não existe quando o documento reputado falso foi trazido aos autos por iniciativa *ex officio* do juiz.

O ônus da prova da falsidade documental compete à parte que a arguiu (art. 389, I, CPC), mas se a falsidade apontada disser respeito à assinatura lançada no documento, o ônus da prova caberá a quem o produziu (art. 389, II, CPC). Após a instrução, o juiz julgará o incidente, declarando a falsidade ou a autenticidade do documento. Declarada a sua falsidade e não havendo interposição de recurso, a decisão faz coisa julgada material, tornando imprestável, como fonte de prova, o documento público ou particular (art. 387, *caput*, CPC).

Questão interessante é a de saber qual a natureza jurídica da decisão que encerra o incidente. Para ALEXANDRE CÂMARA, é sentença (a mesma que encerra a ação principal)¹⁵⁰; para MARINONI e ARENHART, é decisão interlocutória, quando a arguição vier como incidente processual, e sentença, quando vier como processo incidente¹⁵¹. Para DINAMARCO, é sempre decisão interlocutória¹⁵².

Considerando que a suspensão operada pela arguição de falsidade é imprópria, impedindo apenas uma decisão final sobre a demanda originária (e não a prática de todos os atos processuais), e que a ela devem ser aplicadas, ainda que por analogia, as regras relativas à ação declaratória incidental comum (arts. 5º, 325 e 470, CPC), parece que, efetivamente, a declaração incidental de falsidade deve ser resolvida *na mesma sentença* que vai resolver a demanda originária. Daí o art. 395 do CPC fazer referência a *sentença*.

Conforme lúcida observação de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “a existência de dúvida objetiva, todavia, justifica a incidência do princípio da fungibilidade”¹⁵³.

150. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. I, p. 418.

151. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, ob. cit., p. 410.

152. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. 3, ob. cit., p. 582-583.

153. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 104. Na opinião deste autor, tem-se aí decisão interlocutória.

CAPÍTULO V

PROVA TESTEMUNHAL

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Limitações à prova exclusivamente testemunhal: negócio jurídico cujo valor exceda a dez salários mínimos – 3. Capacidade para testemunhar – 4. Direito ao silêncio – 5. Local e tempo do testemunho – 6. Juntada do rol e intimação da testemunha – 7. Substituição da testemunha – 8. Procedimento de colheita do depoimento – 9. Documentação do testemunho.

1. NOÇÕES GERAIS

A pessoa é, como visto, *fonte* de prova. Quando se trata de uma parte, o meio de prova é o depoimento pessoal, examinado em capítulo anterior; quando se trata de um terceiro, surge a prova testemunhal. Testemunha é uma pessoa, distinta de um dos sujeitos processuais, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato probando.

A prova testemunhal é a mais antiga de que se tem notícia, juntamente com a confissão. A prova documental e a perícia exigem certo desenvolvimento cultural. A partir do momento em que a escrita foi sendo generalizada, e por consequência estimulando-se o uso da prova documental, a prova testemunhal, antes havida como prova principal, foi perdendo a sua importância, notadamente para a prova de determinadas obrigações de maior vulto¹. Alguns a chamam de *a prostituta das provas*.

O testemunho contém o relato daquilo que foi *percebido* pela testemunha por meio de qualquer um dos seus sentidos: visão, olfato, paladar, tato e audição. Não cabe à testemunha fazer juízos de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente – isso é função do órgão jurisdicional –, embora não se pode ignorar a circunstância de que todo depoimento trará consigo as marcas do depoente.

Não se confundam os papéis do perito e da testemunha: “A testemunha declara o que viu, enquanto o perito analisa (embora possa ter visto) para declarar”².

A testemunha pode ser *presencial*: a que pessoalmente presenciou o fato probando; de *referência*: a que soube dele por meio de terceira pessoa; *referida*: aquela cuja existência foi apurada por meio de outro depoimento; *judiciária*: a

-
1. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavallía, 1981, t. 2, p. 23-24.
 2. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 493.

que relata em juízo o seu conhecimento a respeito do fato; *instrumentária*: a que presenciou a assinatura do instrumento do ato jurídico e o firmou.

A prova testemunhal, em regra admissível, é vedada para a comprovação de fatos *já provados por documento ou confissão da parte* (art. 400, I, CPC) ou *que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados* (art. 400, II, CPC). São regras de prova legal que restringem a valoração judicial da prova, mas que, como todas as demais, podem ser mitigadas diante de peculiaridades do caso concreto (ver maiores considerações sobre as limitações legais à prova testemunhal no item seguinte). É preciso, porém, tecer uma crítica: se um fato não pode ser provado por testemunha, por razões físicas, obviamente a prova testemunhal não é admissível, não havendo necessidade de texto legal nesse sentido.

2. LIMITAÇÕES À PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL: NEGÓCIO JURÍDICO CUJO VALOR EXCEDA A DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS

O art. 227 do CC-2002³ praticamente reproduziu a regra que constava no art. 141 do CC-1916⁴, que não admitia a prova exclusivamente testemunhal para contratos a partir de determinado valor⁵. Nestas situações, admite-se a prova testemunhal como complementar da prova escrita (par. ún. do art. 227 do CC-2002 e inciso I do art. 402 do CPC).

Houve pequenas alterações, porém: a) substituiu-se “contrato” por “negócio jurídico”, gênero do qual o primeiro é espécie – aprimoramento técnico louvável; b) indexou-se o valor do negócio jurídico ao salário-mínimo, evitando a referência a um número determinado que, com o tempo, certamente teria o seu valor monetário corroído; c) esclareceu-se que a verificação do valor do negócio deve ser feita ao tempo em que ele foi celebrado.

-
3. Art. 227 do CC-2002: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados. Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do negócio jurídico, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito”.
 4. Art. 141 do CC-1916: “Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não passe de Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzados). Parágrafo único. Qualquer que seja o valor do contrato, a prova testemunhal é admissível como subsidiária ou complementar da prova por escrito”.
 5. “A razão de ser do preceito legal reside numa preocupação de segurança jurídica. Não conviria ao meio social e ao mercado que negócios de vulto ficassem submetidos à incerteza da débil memória de eventuais testemunhas, correndo a respectiva prova o risco de desaparecer, a qualquer momento, junto com quem os tivesse memorizado”. (THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 528.) Sobre o histórico desta vetusta regra, SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, p. 269 e segs.

Deve-se alertar que a restrição é feita à prova do negócio e não a outros fatos a ele relacionados, como a sua interpretação⁶ e os vícios de consentimento⁷. É admissível prova testemunhal insulada, por exemplo, para provar não a existência do negócio, mas uma peculiaridade deste⁸.

A vedação legal também não se dirige aos terceiros não-contratantes⁹.

Os atos ilícitos e os fatos jurídicos em sentido estrito não ficam acobertados pela vedação legal¹⁰.

O pagamento (que não é negócio jurídico) e a remissão de dívida, no entanto, por força do art. 403¹¹ do CPC, ficam submetidos à regra de prova legal prevista nos arts. 227, CC-2002, e 401, CPC-73.

O CPC-73, porém, também cuidou da matéria.

Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados. Art. 402. Qualquer que seja o valor do contrato, é admissível a prova testemunhal, quando: I – houver começo de prova por escrito, reputando-se tal o documento emanado da parte contra quem se pretende utilizar o documento como prova; II – o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, depósito necessário ou hospedagem em hotel.

Trouxe o CPC-73, como se vê, avanços em relação ao CC-1916: a) procedeu à indexação do negócio jurídico, sem mencionar valores, estabelecendo o mesmo patamar hoje consagrado pelo CC-2002 (décuplo do salário-mínimo); b) deixou claro que o valor do negócio deve ser aferido ao tempo da sua celebração

6. V., a propósito do texto, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. III, p. 297; MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. 2, p. 272.
7. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, p. 301.
8. STJ, 3ª T., REsp n. 41.744-9, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 20.09.1994, p. 16.101. A 4ª T. do STJ, no REsp n. 436.085-MG (rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 06.04.2010), seguindo outros precedentes, reputou admissível prova exclusivamente testemunhal para comprovar os efeitos práticos decorrentes do contrato, dentre eles, o cumprimento das obrigações contratuais. Não se encontra, contudo, ao longo dessa jurisprudência, qualquer referência à afronta que isso implicaria ao art. 403, CPC, que veda a prova exclusivamente testemunhal do “pagamento” – expressão que certamente abrange o adimplemento de obrigações contratuais – cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente.
9. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, s/a, v. 3, p. 279, com amplas referências bibliográficas. Na mais recente doutrina, MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 5, t. 2, p. 272-273; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 154.
10. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 530.
11. Art. 403 do CPC: “As normas estabelecidas nos dois artigos antecedentes aplicam-se ao pagamento e à remissão da dívida”.

(orientação também seguida pelo CC-2002);¹² c) permitiu a utilização da prova exclusivamente testemunhal, quando o “o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação” (inciso II do art. 402).

Estipulava uma regra de valoração legal da prova testemunhal, à semelhança do que já fazia o CC-1916, mas, atento à realidade, o CPC-73 a flexibilizava, permitindo a prova exclusivamente testemunhal em situações em que a prova escrita do negócio jurídico não poderia ser obtida¹³. O art. 141 do CC-1916, ora reproduzido no art. 227 do CC-2002, como se vê, não trazia qualquer exceção à regra de prova legal que impunha.

O CPC-73 evoluiu no trato do tema – em consonância, sobretudo, com o sistema de livre convencimento motivado que consagrou (art. 131) –, mas não foi acompanhado pelo CC-2002. Fica, pois, a pergunta: se o CC-2002 reproduziu regra do CC-1916 que tinha sido ressalvada pelo CPC-73, sem mencionar, no entanto, a ressalva, houve a revogação do inciso II do art. 402 do CPC ou ele ainda se mantém em vigor?

Não houve revogação. Parte-se do seguinte princípio: sempre que o CC-2002 trouxer regra do CC-1916 que já tenha sido revogada ou melhorada por outra lei posterior, inclusive o CPC, considera-se não ter havido qualquer alteração; se revogada estava a norma, permanece revogada; se alterada, mantém-se a alteração etc. Esta opção, que pode assustar alguns positivistas mais exaltados, justifica-se na lógica do razoável. Não se pode admitir que uma lei, fruto de um projeto que começou a tramitar no Congresso no início da década de 70 do século XX, e que somente foi aprovado em 2002, possa desconsiderar toda a evolução do direito neste interim. Ao se permitir isso, toda a evolução ocorrida no direito de família (notadamente com a constitucionalização dos seus institutos em 1988) e na tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer (art. 461 do CPC e art. 84 do CDC), para ficarmos com dois exemplos, seria desperdiçada.

É uma pena que o CC-2002 não tenha seguido a evolução que o CPC-73 estabeleceu, no particular. Mas nem por isso é lícito considerar que a ressalva do inciso II do art. 402 do CPC deixou de vigor, até mesmo pelo seu extremo bom-senso. Mesmo se ela não existisse, à luz do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, do princípio da proporcionalidade, do princípio que veda o

12. Resolveu-se, assim, intensa polêmica doutrinária. “Justifica-se cabalmente essa solução. É que as partes não podem senão remontar-se à época do nascimento do contrato, que é quando deviam prevenir-se com um escrito para assegurá-lo”. (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 248).

13. O inciso II do art. 402 menciona os exemplos de depósito necessário, parentesco ou hospedagem em hotel. Parece que os exemplos foram inspirados na doutrina francesa, que há muito tempo já cuidava destas situações excepcionais: POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro editor, 1906, t. 2, n. 775, p. 233.

enriquecimento ilícito e do direito constitucional à prova (oriundo da garantia do contraditório), não poderia a lei vedar prévia, objetiva e inexoravelmente a prova exclusivamente testemunhal, mesmo quando a obtenção de outro meio de prova for impossível.

Aliás, em lição muito antiga, dizia POTHIER que a lei não pode ser entendida como se exigisse o impossível, nem mesmo “cousas muito difíceis, que embaçassem o commercio”, por isso que ela somente proibiu a *prova testemunhal isolada* àqueles que facilmente podiam procurar a prova literal¹⁴.

AMARAL SANTOS, que tratou do tema antes do CPC-73 – portanto antes da vigência da regra do art. 402, II – entendia como plenamente aplicável, no direito brasileiro, o princípio segundo o qual “todas as vezes que não seja possível munir-se a parte de prova escrita, a testemunhal é admitida, sem embargo do valor da obrigação”¹⁵, considerando-o como verdadeiro princípio geral do direito.¹⁶ E arremata: “a proibição da prova testemunhal deve ser entendida não só racionalmente como também equitativamente, no sentido de que o direito não poderia legitimar a inadmissibilidade dessa prova a quem, realmente, no ato da formação do contrato, estava impossibilitado de comprová-lo”.¹⁷

HUMBERTO THEODORO JR. traz interessante exemplo de contrato verbal de construção de obra: “Quando, porém, a obra ou parte dela já se realizou, não pode o contratante ser privado da tutela jurisdicional, para o acerto com o parceiro do negócio apenas por falta de prova escrita. Havendo o contrato verbal produzido efeito econômico concreto, a este deverá ser aplicado o preceito respectivo do ordenamento jurídico para que não ocorra o indesejável enriquecimento sem causa ou o locupletamento ilícito. Nessa altura, recursos e trabalhos já foram investidos, de sorte que a comunhão de fato precisa ser resolvida. Ademais, a prova do negócio não será apenas a palavra das testemunhas, pois haverá também a considerar o fato remanescente do negócio. Aliás, é justamente porque as testemunhas se referirão a esse fato e não apenas ao ajuste de vontade, que se poderá afastar o óbice do art. 227”¹⁸.

A regra do art. 227 do CC-2002 e a do art. 401 do CPC orientam a atividade do juiz, mas não a tolhem, não impossibilitam que o magistrado, diante de circunstâncias do caso concreto, admita a prova exclusivamente testemunhal, se outra não puder ser produzida¹⁹. É assim que se devem entender todas as regras

14. POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas*. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro editor, 1906, t. 2, n. 771, p. 232.

15. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 3, p. 337.

16. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 3, p. 339.

17. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*, v. 3, p. 339.

18. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3, t. 2, p. 531.

19. Eis lição que precisa ser conferida: “Há impossibilidade material quando não existe racionalidade de exigir-se a comprovação, uma vez que tal exigência não seria racional nas circunstâncias do caso concreto e por isto não seria normalmente pedida”. (MARINONI e ARENHART, *Comentários ao Código de Processo*

de prova legal que subsistem no nosso sistema – como já foi visto no capítulo sobre teoria geral da prova, aliás –, inclusive essa.

Vejam os.

Nas relações trabalhistas, por exemplo, seria praticamente impossível aplicar-se a vedação da prova exclusivamente testemunhal, pois muitas delas são baseadas em negócio jurídico verbal²⁰.

O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 149 da súmula da sua jurisprudência predominante, que reconhece a inadmissibilidade de prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rural para fins previdenciários. O próprio STJ, no entanto, tem precedente que excepciona o enunciado, diante das peculiaridades do caso concreto (neste processo, a contestação foi genérica e não houve contradita das testemunhas):

“Previdenciário. Rural (Bóia-Fria). Aposentadoria por velhice. Prova puramente testemunhal. Interpretação de lei de acordo com o art. 5º da LICC, que tem foro supraléxico. Recurso Especial não conhecido pela alínea ‘a’ do autorizativo constitucional. I – O juiz – e em suas águas o tribunal *a quo* – julgou procedente pedido da autora, não obstante ausência de prova ou princípio de prova material (Lei n. 8.213/91, art. 55, par. 3.). II – A Previdência, após sucumbir em ambas as instâncias, recorreu de especial (alínea a do art. 105, III, da CF). III – O dispositivo infraconstitucional que não admite ‘prova exclusivamente testemunhal’ deve ser interpretado *cum grano salis* (LICC, art. 5.). Ao juiz, em sua magna atividade de julgar, caberá valorar a prova, independentemente de tarifação ou diretivas infraconstitucionais. Ademais, o dispositivo constitucional (art., 202, I) para o “bóia-fria” se tornaria praticamente ineficaz, pois dificilmente alguém teria como fazer a exigida prova material. IV – Recurso especial não conhecido pela alínea ‘a’ do autorizativo constitucional”. (6ª T., RESP 46879 / SP, rel. Adhemar Maciel, DJ. de 20.06.1994, p. 1.612)

Excelente paradigma, que pode ser utilizado pelo magistrado brasileiro, é o art. 2.721 do Código Civil italiano, que transfere ao magistrado poder maior de aceitação da prova exclusivamente testemunhal. Permite ao magistrado admiti-la, desde que considere: *a*) a qualidade das partes, *b*) a natureza do contrato e *c*) qualquer outra circunstância peculiar ao caso que lhe for submetido²¹⁻²².

Civil, p. 275-276). Sobre a impossibilidade de obtenção de prova escrita, interessante a leitura de AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 254-256.

20. PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 448-449.

21. “La prova per testimoni (244 c.p.c.) dei contratti non è ammessa quando il valore dell’oggetto eccede le lire cinquemila. Tuttavia l’autorità giudiziaria può consentire la prova (115 c. p. c.) oltre il limite anzidetto, tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza”.

22. MARINONI e ARENARI entendem que, como no direito brasileiro não há dispositivo semelhante, não é possível ao magistrado aplicar os temperamentos previstos na lei italiana (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 271).

3. CAPACIDADE PARA TESTEMUNHAR

Há limitações legais à capacidade de testemunhar. Há regras no Código Civil e no CPC. Como é lei posterior ao CPC, o CC revoga-o naquilo que houver contrariedade. Iniciemos, portanto, o estudo sobre a capacidade de testemunhar pelo exame do Código Civil.

O art. 228 do CC-2002 assim está redigido:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas: I – os menores de dezesseis anos; II – aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil; III – os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltar; IV – o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; V – os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

Em relação ao CC-1916²³, as mudanças foram pouco significativas: a) aprimoramento técnico na referência aos que sofrem de enfermidade mental; b) seguindo a linha da legislação processual, menciona-se a inadmissibilidade do testemunho do amigo íntimo e do inimigo capital; c) permite-se o testemunho de todas estas pessoas, quando se tratar de fatos que somente elas conheçam.

Em relação à mudança “a”, convém registrar a ressalva feita pelo CPC-73, e omitida pelo CC-2002, mas totalmente pertinente e ainda aplicável: para que se verifique a incapacidade de testemunhar dos que sofrem de enfermidade mental, é necessário que ocorra uma destas duas circunstâncias: a) ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia o pretendo depoente discerni-los; b) ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções. “O importante é a lucidez do depoente na ocasião do fato litigioso e no momento de prestar o testemunho em juízo. Os estados de alienação mental que tenham acometido a testemunha em outras ocasiões não lhe retiram a capacidade para depor em juízo”²⁴.

23. Art. 142 do CC-1916: “Não podem ser admitidos como testemunhas: I – os loucos de todo o gênero; II – os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos, que lhes faltar; III – os menores de 16 (dezesseis) anos; IV – o interessado no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade; V – os cônjuges”.

24. THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao Código Civil*. v. 3, t. 2, cit., p. 541.

Em relação à “c”, o legislador civilista avançou, se confrontado com o do CPC-73, que tratava do tema no § 4º do art. 405. Identificou corretamente o ponto HUMBERTO THEODORO JR.:

“A nosso ver, porém, o novo Código é mais aberto, nesta matéria, que o Código de Processo Civil, pelo que se vê de seu art. 228, parágrafo único. É, portanto, pela linha do estatuto material, mais recente, que o problema deve ser enfrentado. (...) Evitando o cunho puramente impeditivo, o Código Civil preferiu estatuir uma norma positiva, que se aplica não só às causas de família, mas a todos os processos, e que autoriza o juiz a colher depoimento das pessoas impedidas legalmente para testemunhar, sempre que seja para a prova de fatos que só elas conheçam. (...) O recurso à testemunha impedida deve ser visto como exceção, para suprir a falta ou a deficiência das desimpedidas, sempre sujeita ao prudente arbítrio do juiz, nas circunstâncias concretas de cada caso”.²⁵

Convém lembrar, ainda, que o magistrado pode, não obstante a regra, ouvir tais pessoas, se se trata de fato que só elas conheçam (se for imprescindível ouvir o seu testemunho). Neste caso, a testemunha não prestará o compromisso de dizer a verdade, sendo ouvida como *informante* (art. 405, § 4º, CPC).

O artigo 228 do CC tem, portanto, conteúdo semelhante ao do art. 405 do CPC-73:

Art. 405 do CPC: “Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I – o interdito por demência; II – o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III – o menor de 16 (dezesesseis) anos; IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz reputar necessária ao juízo do mérito; II – o que é parte na causa; III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I – o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; II – o que, por seus costumes, não for digno de fé; III – o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; IV – o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”.

O CPC, porém, seguiu outro método, dividindo aqueles que não podem depor como testemunhas em três grupos: os incapazes, os impedidos e os suspeitos.

25. THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 3, t. 2, cit., p. 544-545.

Todos os três grupos estão representados no art. 228 do CC-2002: a) incapazes: incisos I ao III; b) impedidos: inciso V; c) suspeitos: inciso IV.

Não há referência, no texto do Código Civil, ao impedimento daquele que é parte na causa e daquele que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes (incisos II e III do § 2º do art. 405 do CPC-73).

A parte tem interesse direto no litígio (inciso IV do art. 228) e o seu depoimento é tomado de outra forma (art. 342 e segs do CPC).

O juiz, se tiver conhecimento dos fatos da causa, deve reconhecer o seu impedimento para julgá-la (art. 409, I, CPC), ou excluir seu nome do rol de testemunhas, acaso nada saiba sobre o assunto (art. 409, II, CPC)²⁶. Se o juiz reconhecer que tem conhecimento dos fatos, e portanto declarar o seu impedimento, é proibido à parte que o arrolou como testemunha desistir do seu depoimento (art. 409, I, CPC).

Quanto aos representantes da parte ou aqueles que lhe tenham de algum modo prestado assistência, o impedimento não pode ser visto como absoluto, pois somente não poderão depor em relação a fatos que ocorreram em razão de sua participação²⁷. No caso da pessoa jurídica que é parte, o depoimento de um dos seus órgãos (o presidente, p. ex.), seria o depoimento da própria pessoa jurídica, que, sendo parte, submete-se ao regime dos arts. 342 e segs. Permanecem, assim, porque razoáveis, as restrições previstas na legislação processual, a despeito do silêncio do diploma civil.

O CC-2002 também não mencionou a suspeição do condenado por crime de falso testemunho, cuja sentença transitou em julgado, e daquele que, por seus costumes, não for digno de fé (incisos I e II do § 3º do art. 405 do CPC-73). Agiu bem. A suspeição em tese (*a priori*, em abstrato) de tais pessoas é inadmissível.

A análise da suspeição deve ser feita, sempre, *in concreto*, diante das peculiaridades do caso, que podem reclamar a ouvida de pessoas que, a princípio, poderiam ser vistas como inidôneas. Todo aquele que possa contribuir para o esclarecimento dos fatos, e não tenha, em relação à causa ou às pessoas envolvidas, algum tipo de interesse ou vínculo, pode e deve ser ouvido. O *discrimen* feito

26. Art. 409 do CPC: “Quando for arrolado como testemunha o juiz da causa, este: I – declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos, que possam influir na decisão; caso em que será desfeito à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento; II – se nada souber, mandará excluir o seu nome”.

27. MARINONI, Luiz Guilherme, e ARENHART, Sérgio Cruz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 291.

pelo legislador de 1973 é indevido, injustificável e irrazoável e fere, indubitavelmente, o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

O inciso I confere à sentença penal condenatória um efeito anexo eterno: aquele que mentiu em juízo carregará consigo esta marca indelével para o resto de sua vida²⁸. A pena, no caso, não é o bastante para demonstrar a reprovação social de sua conduta e regenerá-lo; o próprio legislador confessa aqui a inutilidade da sanção, pois, “uma vez mentiroso, sempre mentiroso”. Trata-se de consequência penal de caráter estigmatizante e infamante, em dissonância com a moderna dogmática do direito penal.²⁹

É situação bem parecida com a chamada pena de infâmia. Havia a infâmia de direito ou de fato. A infâmia de direito é a que a lei cometia a alguém em razão da prática de certos delitos ou por outras faltas que o magistrado considerasse dignas de serem punidas com a pena infamante. A infâmia de fato era a que resultava da opinião da sociedade ou dos homens bons.³⁰

Se a punibilidade é prescritível e, portanto, finita no tempo, como não poderiam sê-lo os efeitos da condenação? O curioso é que o testemunho de condenados por estelionato ou curandeirismo, empulhadores certamente mais daninhos, não é vedado.

“Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. (...) De outro modo, se estaria consagrando a categoria de ‘cidadãos de segunda’, ou uma *capitis diminutio* inaceitável no sistema democrático ou republicano. Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve ‘pagar a sua culpa’, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo. Se assim ocorre nos delitos mais graves e com penas mais severas, com muito maior razão há de sê-lo nos delitos menos graves, punidos com penas mais brandas”.³¹

28. Trata-se de regra bem antiga, ressuscitada pelo legislador de 1973. V. Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas, art. 403, § 1º.

29. “É de convir, ainda, com Espinar, que, em nome da dignidade, ficam também proscritas as penas exemplificadoras (nas quais o condenado é usado como um exemplo, espécie de ‘bode expiatório’), porque, a se prescindir das concretas exigências preventivas especiais – e, acrescentaríamos, de justo merecimento ou justa retribuição, de proporcionalidade, enfim – e operar com critérios de intimidação geral, puramente, o autor do delito deixa de ser um fim em si mesmo para se converter num meio para lograr efeitos sobre os outros, o que significa a instrumentalização da pessoa, contrária à ideia d dignidade, e se converte a pena individualizada em inumana e degradante”. (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal – introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33)

30. ALMEIDA, Cândido Mendes. *Anotações às Ordenações Filipinas – Liv. IV e V*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s/a, p. 935, nota 4.

31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. São Paulo: RT, 1997, p. 791.

“As pessoas crêem que o processo penal termina com a condenação e não é verdade; as pessoas crêem que a pena termina com a saída do cárcere e não é verdade; as pessoas crêem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não”.³²

O inciso II cria a falsa impressão de que existem pessoas que merecem, a princípio, descrédito, por não se comportarem de acordo com os “bons costumes”. Antigamente, dizia-se que tais pessoas não poderiam depor em razão da falta de “boa fama”³³.

Quem não é digno de fé por seus costumes: o homossexual?³⁴ O judeu? O muçulmano?³⁵ O “turco”? O herege? O nazista? O aleijão?³⁶ O comunista? O toxicodependente? O artista?³⁷ A mulher?³⁸ O pobre?³⁹ O negro?⁴⁰ Todos esses, a depender

32. CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Conan, 1995, p. 77.

33. Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas, art. 402, § 1º.

34. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu a seguinte controvérsia: “RESP – PROCESSO PENAL – TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL – A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projecção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam – patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita. Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merece o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica”. (STJ, 6ª. T., RESP 154857-DF, rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, j. 26.05.1998, publicado no DJ de 26.10.1998, p. 169)

35. “4. O Judeu e o Mouro não podem ser testemunhas, nem serão perguntados em feito, que hum Christão haja com outro. Porém, se for á contenda entre Judeu e Christão, valerão igualmente os testemunhos dos Judeus com os dos Christãos, sendo dados os Judeus por testemunhas pelo Christão, e os Christãos pelo Judeu. E o que dizemos no Judeu, haverá isso mesmo lugar no Mouro”. (Ordenações Filipinas, Liv. III, Tit. LVI).

36. Já se precisou dizer que não se entendem como pessoas torpes, de má-fama, os que têm algum defeito de nascimento (ALMEIDA, Cândido Mendes. *Anotações às Ordenações Filipinas – Liv. IV e V*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, s/a, p. 935, nota 6).

37. Apenas para exemplificar, durante o período da ditadura militar no Brasil (1964-1985), artistas como Odair José e Luiz Ayraõ foram censurados, sob fundamento de que suas músicas ofendiam a moral e os bons costumes. Sobre o tema, o delicioso e impressionante trabalho de ARAÚJO, Paulo César de. *Eu não sou cachorro, não – a música popular caçona e ditadura militar*. 3 ed. São Paulo: Record, 2002.

38. É cediça a regra do direito romano que atribuía ao testemunho feminino metade do valor do testemunho masculino (duas mulheres precisavam depor sobre o mesmo fato para que houvesse a superação do depoimento de um homem).

39. Houve época em que se precisou que a lei dissesse o seguinte: “A pobreza, por si só, não induz contra a testemunha presunção de suborno”. (Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil pelo Dr. Antonio Joaquim Ribas, art. 407, § 3º).

40. “3. O escravo não pode ser testemunha, nem será perguntado geralmente em feito algum, salvo nos casos per Direito especialmente determinados”. (Ordenações Filipinas, Liv. III, tit. LVI).

de quem os julgue, podem ser vistos como tipos inidôneos, e, assim, imprestáveis para auxiliar o Poder Judiciário⁴¹. A história dá-nos outros tantos exemplos.

E, ademais, há outra pergunta: e se o litígio versar sobre uma quizília familiar envolvendo, p. ex., um bando de traficantes; não seria possível ouvir qualquer deles sobre fatos relacionados à causa?

Trata-se de norma que serve à intolerância e ao preconceito, dando margem ao cometimento de arbitrariedades. É regra em total dissonância com o direito contemporâneo.

Em síntese: o legislador cuidou de enumerar uma série de pessoas cujo testemunho deve ser visto com reserva, quando não for absolutamente inadmissível. Sempre, porém, que a elucidação de fatos relevantes para a causa depender da ouvida de tais personagens, ou puder ser por ela facilitada, deve o magistrado determinar a colheita da prova oral (parágrafo único do art. 228 do CC-2002; § 4º do art. 405 do CPC), que se realizará sem que se preste compromisso. Na hora do julgamento, o magistrado, de acordo com a regra que lhe confere o livre convencimento, dará aos testemunhos o valor que merecerem.

4. DIREITO AO SILÊNCIO

Os arts. 406⁴², CPC, e 229⁴³, CC, trazem hipóteses em que é lícito à testemunha recusar-se a depor. Trata-se do *direito ao silêncio*, já examinado no capítulo sobre o depoimento da parte. Todas as considerações que ali foram feitas servem ao estudo da escusa de depor da testemunha. É ocioso tecer outros comentários. Remete-se o leitor ao mencionado capítulo.

-
41. AMARAL SANTOS enumera aqueles que, segundo seu pensamento, não são dignos de fé: meretrizes e os que as exploram, o ébrio habitual e o jogador profissional. E arremata: “estes costumes, quando desregrados, como o da prostituta, fazem presumir qualidades morais pouco propensas a medir a gravidade da mentira, mesmo diante do juiz e sem embargo da promessa de dizer a verdade”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., p. 271) Parece que o processualista seguiu a exemplificação constante das Ordenações Filipinas. Liv. IV, Tit. XC, n. 1: “se o herdeiro instituído fosse reputado entre os bons por vil e torpe, e de maus costumes, por ser bêbado, tafú, ou de outra semelhante torpeza”.
 42. Art. 406 do CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.
 43. Art. 229 do Código Civil: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.

5. LOCAL E TEMPO DO TESTEMUNHO

A prova testemunhal deverá ser produzida perante o *juiz da causa*, durante a *audiência de instrução e julgamento*. Trata-se de ato processual *interno*, que deve ser realizado na sede do juízo.

Há, porém, exceções a essa regra.

É possível a colheita da prova testemunhal *antes* da audiência de instrução e julgamento, no caso de produção antecipada de prova (art. 410, I, c/c arts. 847 do CPC⁴⁴).

A testemunha pode ser ouvida por *outro* juiz, que não o responsável pela causa, se o testemunho for o objeto de carta (art. 410, II, CPC) precatória ou de ordem (art. 492 do CPC, p. ex.). Essa é a única hipótese em que a testemunha será ouvida por juiz distinto daquele competente para julgar a causa.

Tendo em vista as novas tecnologias, é muito mais recomendável a ouvida de testemunha que está em outro local por meio de sistema de *teleconferência*, desde que com a autorização do magistrado que tem competência territorial no local onde está sendo ouvido o sujeito⁴⁵.

Há possibilidade de a prova testemunhal produzir-se *fora* da sede do juízo, nos casos em que a testemunha está impossibilitada de deslocar-se e comparecer em juízo, seja por doença, seja por outro motivo relevante (art. 410, III, c/c o art. 336, par. ún., CPC⁴⁶).

Finalmente, há *pessoas*, consideradas *egrégias*, que têm o direito de serem ouvidas em sua residência ou onde trabalham. São autoridades que têm essa prerrogativa, a quem o magistrado enviará um ofício solicitando que designem dia, hora e local a fim de serem inquiridas, remetendo-lhes cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha (art. 411, par. ún., CPC). Eis as autoridades (art. 411 do CPC): I – o Presidente e o Vice-Presidente da República; II – o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; III – os ministros de Estado; IV – os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral,

44. Art. 847 do CPC: “Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I – se tiver de ausentar-se; II – se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor”.

45. MARTINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 494.

46. Parágrafo único do art. 336 do CPC: “Quando a parte, ou a testemunha, por enfermidade, ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União; V – o procurador-geral da República; VI – os senadores e deputados federais; VII – os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal; VIII – os deputados estaduais; IX – os desembargadores dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais⁴⁷, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal⁴⁸; X – o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

É importante registrar que essas autoridades somente têm essa prerrogativa enquanto estiverem exercendo os seus cargos ou enquanto durarem os seus mandatos⁴⁹. Demais disso, o STF, em julgamento unânime, em 22.10.2009, em questão de ordem suscitada na Ação Penal n. 421, decidiu que essas pessoas egrégias perdem o direito de escolher local e hora para o testemunho, se não se manifestarem ou comparecerem, sem justa causa, no prazo de trinta dias. Trata-se de entendimento esposado no contexto do processo penal (art. 221, CPP), mas que deve ser aplicado analogicamente ao processo civil – isto é, pela identidade de razão, a regra deve aplicar-se ao art. 411 do CPC. Eis a síntese da solução da questão de ordem, feita pelo Min. rel. Joaquim Barbosa: “Passados mais de trinta dias sem que a autoridade que goza da prerrogativa prevista no caput do art. 221 do Código de Processo Penal tenha indicado dia, hora e local para a sua inquirição ou, simplesmente, não tenha comparecido na data, hora e local por ela mesma indicados, como se dá na hipótese, impõe-se a perda dessa especial prerrogativa, sob pena de admitir-se que a autoridade arrolada como testemunha possa, na prática, frustrar a sua oitiva, indefinidamente e sem justa causa”.

6. JUNTADA DO ROL E INTIMAÇÃO DA TESTEMUNHA

Impõe-se às partes o ônus de juntar o rol de testemunhas no prazo determinado pelo magistrado na audiência preliminar ou no despacho saneador. Acaso silencie o magistrado, prevê o art. 407 um prazo legal supletivo de dez dias.

Avaliará o magistrado as peculiaridades do caso concreto para determinar o prazo de juntada do rol de testemunhas. Trata-se de norma que permite a efe-

47. O inciso IX do art. 411 do CPC não os menciona, até porque o Tribunal Regional Federal é criação da CF/1988 e o texto é de 1973. No entanto, analogia se impõe, pela semelhança da situação de um Desembargador Federal e um Desembargador do Trabalho.

48. O inciso IX do art. 411 do CPC menciona os juízes de Tribunal de Alçada. Sucede que, após a EC n. 45, não há mais Tribunais de Alçada.

49. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005. v. 5, t. 2, p. 548.

tivação do princípio da adequação judicial do procedimento (ou princípio da adaptabilidade, examinado no v. 1 deste *Curso*).

Note que se trata de prazo regressivo, começando a fluir no primeiro dia útil anterior ao da data da audiência e sempre terminando em dia igualmente útil⁵⁰. “A contagem regressiva obedece aos mesmos critérios determinados para a contagem progressiva, com a peculiaridade, que a singulariza, de ser feita em marcha-a-ré e não à frente”⁵¹.

Deverá a parte que arrolar a testemunha precisar-lhe o nome, a profissão, residência e o local em que trabalha. A exigência de indicação do local de trabalho justifica-se como forma de facilitar a verificação da capacidade para testemunhar, ensejando eventual contradita, além de indicar mais um local onde ela possa ser encontrada.

É lícito a cada parte oferecer, no máximo, dez testemunhas; quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada fato, o juiz poderá dispensar as restantes (art. 407, par. ún., CPC). Em caso de litisconsórcio unitário, os litisconsortes, em conjunto, devem respeitar esse limite; se o litisconsórcio é simples, cada litisconsorte é considerado uma parte autônoma e, nessa qualidade, cada um poderá oferecer dentro desse limite⁵².

A testemunha é intimada a comparecer à audiência, constando do mandado dia, hora e local, bem como os nomes das partes e a natureza da causa (art. 412, *caput*, CPC). A intimação poderá ser feita pelo correio, sob registro ou com entrega em mão própria, quando a testemunha tiver residência certa (art. 412, § 3º, CPC).

A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la (art. 412, § 1º, CPC). A presunção é *juris tantum*, “podendo o interessado provar que houve justo motivo para a testemunha não comparecer”⁵³.

Quando figurar no rol de testemunhas funcionário público ou militar, o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir (art. 412, § 2º, CPC).

50. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 538. Sobre o tema, amplamente, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 77-81.

51. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 78.

52. Nos Juizados Especiais Cíveis, o limite é três testemunhas por parte (art. 34 da Lei Federal n. 9.099/1995).

53. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 550.

Se a testemunha deixar de comparecer, sem motivo justificado, será conduzida, respondendo pelas despesas do adiamento. Trata-se da chamada *condução coercitiva* da testemunha (art. 412, *caput*, *fine*, CPC).

7. SUBSTITUIÇÃO DA TESTEMUNHA

Apresentado o rol de testemunhas, a parte *só* pode substituir a testemunha que: falecer; por enfermidade não estiver em condições de depor; tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça (art. 408 do CPC).

A regra revela um traço bastante inquisitivo do processo, que transforma uma testemunha arrolada por uma parte em um prova de *interesse público*, da qual não se pode mais desistir, salvo se todos os interessados e o juiz concordarem⁵⁴. Não parece que a regra deva ser aplicada literalmente – nem isso o que ocorre na prática.

Veja a nota 1 ao art. 408 feita por THEOTÔNIO NEGRÃO: “O advérbio ‘só’ deve ser entendido em termos: a substituição é livre, se feita pelo menos cinco dias antes da audiência (RT 522/83), mesmo fora dos casos mencionados no art. 408 do CPC (RT 579/123)”⁵⁵. Cumpre advertir que a jurisprudência citada é anterior à alteração da regra do prazo para juntada do rol de testemunhas, antes cinco dias e atualmente um prazo judicial.

Curioso é que, embora o rigor do dispositivo nos remeta a uma visão mais *inquisitorial* do processo, é certo que a substituição indevida de uma testemunha ou a desistência de um testemunho devem ser impugnados na primeira oportunidade que couber ao interessado falar nos autos, sob pena de preclusão.

8. PROCEDIMENTO DE COLHEITA DO DEPOIMENTO

No direito processual civil brasileiro, a inquirição das testemunhas é função do magistrado (art. 413 do CPC). Em razão disso, afirma-se que não podem as partes fazer as perguntas diretamente à testemunha: é indispensável a intervenção do magistrado, embora, na prática, juízes mais liberais acabem tolerando o questionamento direto, desde que formulado corretamente⁵⁶. A postura desses

54. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 540.

55. NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 447-448.

56. MARINONI e ARENHART entendem que o “ideal seria que os advogados e o representante do Ministério Público pudessem formular as suas perguntas diretamente à testemunha, evitando-se o risco de o juiz formular outra pergunta, no sentido de pergunta diversa, à testemunha”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 559). Assim, também, GÖES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2005, p. 20. Segundo Rômulo Moreira, no plenário do Tribunal do Juri, por força do antigo art. 467 do Código de Processo Penal, admitia-se a inquirição direta da testemunha

magistrados é a correta. Corroborando a lição, as Leis Federais n. 11.689/2008 e 11.690/2008 alteraram o Código de Processo Penal para permitir expressamente a arguição direta das testemunhas pelas partes (arts. 212 e 473 do CPP). Ora, se no processo penal, onde as garantias para o acusado são observadas com ainda mais atenção, permite-se a inquirição direta pelas partes, nada justifica que se mantenha essa formalidade obsoleta no processo civil.

Primeiramente, o magistrado formula as suas perguntas sobre o fato probando; após, faculta-se à parte que arrolou a testemunha formular outras perguntas para esclarecer ou complementar o depoimento; em seguida, faculta-se à parte contrária proceder aos seus questionamentos⁵⁷. Perceba que o protagonista da inquirição é o juiz, cabendo às partes a função coadjuvante de complementar ou esclarecer o depoimento.

As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias (art. 416, § 1º, CPC)⁵⁸. As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer (art. 416, § 2º, CPC).

Reputam-se capciosas, por exemplo, as chamadas *leading questions*: as perguntas que sugerem uma resposta ou trazem consigo a resposta que o inquiridor procura obter (p. ex.: perguntas que partem de um pressuposto de fato havido

pelas partes e pelos jurados. (*Direito processual penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007, p. 341). Note que o texto anterior desse artigo foi alterado pela Lei Federal n. 11.689/2008. Atualmente, é o artigo 473 do CPP que cuida do tema, reforçando a lição aqui defendida, pois permite a arguição das testemunhas diretamente pelas partes. Não se admite, porém, que os “jurados” inquiram diretamente as testemunhas: suas perguntas serão formuladas por intermédio do magistrado. Justifica-se a medida pelo fato de o jurado ser um juiz leigo. Eis o texto do art. 473 do CPP: “Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação. § 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo. § 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente”.

57. Art. 416 do CPC: “O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento. § 1º As partes devem tratar as testemunhas com urbanidade, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. § 2º As perguntas que o juiz indeferir serão obrigatoriamente transcritas no termo, se a parte o requerer”.

58. Trata-se de regra que compõe o sistema de proteção da boa-fé no direito processual e tem, por isso mesmo, profundo caráter ético. A “busca da verdade” não pode ser empreendida a qualquer custo. Bem diferente é a prática norte-americana, em que a *cross-examination* tem o objetivo principal de *break or destroy the witness*, independentemente do fato de ela ter ou não falado a verdade; as técnicas de inquirição não são elaboradas com vistas à obtenção da verdade, mas sim com o objetivo de atacar a qualquer custo as declarações, a pessoa e a credibilidade da testemunha (TARUFFO, Michele. *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Padova: CEDAM, 1979, p. 32).

como ocorrido, induzindo a testemunha a também considerá-lo ocorrido em sua resposta, embora esse fato seja exatamente o fato controvertido).

No direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A *direct-examination* (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a *cross-examination* (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule n. 611, “a”⁵⁹). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercitado, porém⁶⁰. O papel do magistrado é, portanto, bem diverso (e mais restrito) do que aquele para ele previsto no direito processual brasileiro: no direito anglo-americano, o magistrado é coadjuvante e as partes, por seus advogados, os grandes protagonistas.

Esse modo de produção da prova é manifestação da ideologia liberal que orienta o processo da *common law*, principalmente o processo estadunidense, de caráter marcadamente *adversarial* (dispositivo), em que deve prevalecer a habilidade das partes sem a interferência do magistrado⁶¹. Segundo MICHELE TARUFFO, trata-se de manifestação de uma concepção “esportiva” (competitiva) da justiça⁶², de modo a exprimir um dos valores fundamentais do processo da *common law*: o combate individual como método processual⁶³.

Sobre a elaboração das perguntas, ainda são úteis as recomendações das Ordenações Filipinas (Liv. 1, LXXXVI, 1):

“E bem assi perguntarão declaradamente polo que sabem dos artigos, e não perguntarão por cousa alguma, que seja fóra do que nelles se contém, e da materia e caso

-
59. “Control by court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (1) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth, (2) avoid needless consumption of time, and (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment”. Considerando o direito à *cross-examination* como inerente à garantia do *fair trial* (procedimento justo). JOLOWICZ, J. A. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation*, Mauro Cappelletti e Denis Tallon (coord.). Milão: Giuffrè, 1973, p. 163-164.
60. CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Librería Editora Platense, 2002, v. 2, p. 59, especialmente nota 10.
61. “Ciertamente el hecho de que el interrogatorio de los testigos se conduzca por los defensores de las partes, puede contribuir a mantener al juez ‘fuera de la refriega’, así como puede, de otro lado, hacer en muchos casos más eficaz el propio instituto, en la vivacidad polémica del interrogatorio cruzado, tanto más si se piensa que nadie mejor que las partes mismas, y por consiguiente que los defensores de las partes, podrían encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos o inexactitudes del testigo, y así sucesivamente. De otro lado, es necesario, sin embargo, tener también presente que la diversa habilidad de los defensores de las partes, diferencia que puede acentuarse sobre todo en la litis entre personas de diversa fuerza económica, puede hacer ineficaz la situación de igualdad de las partes en un sistema en el cual el juez no tenga, además de un poder de dirección formal también un poder de dirección material del proceso, poder que se expresa sobre todo en una posibilidad de interrogación”. (CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Tomás A. Banzhaf (trad.). La Plata: Librería Editora Platense, 2002, v. 2, p. 56, nota 4.)
62. TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, cit., p. 34.
63. TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*, cit., p. 35, nota 82.

delles. E se disserem, que sabem alguma cousa daquillo, por que são perguntados, perguntem-lhes como o sabem. E se disserem, que o sabem de vista, perguntem-lhes em que tempo e lugar o viram, e se stavam ahi outras pessoas, que tambem o vissem. E se disserem que o sabem de ouvida, perguntem-lhes a quem o ouviram, e em que tempo e lugar. E todo o que disserem, façam screver, fazendo-lhes todas as outras perguntas, que lhes parecerem necessarias, per que melhor e mais claramente se possa saber a verdade. E attentem bem com que aspecto e constancia fallam, e se variam, ou vacillam, ou mudam a côr, ou se torvam na falla, em maneira, que lhes pareça, que são falsas, ou suspeitas”.

Também é aplicável, à minguia de previsão no CPC, o disposto no art. 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Obviamente, todo relato humano traz consigo as impressões do observador: esse conselho não autoriza o “jugador a impedir a testemunha de expressar opinião para a qual tenha suficiente experiência ou habilitação”, tampouco permite “supor que a narração da testemunha seja absolutamente isenta de ‘apreciações’”⁶⁴ pessoais e juízos de valor.

Uma testemunha não deve ouvir o depoimento da outra (art. 413 do CPC). Primeiramente, serão ouvidas as testemunhas do autor; depois, as do réu.⁶⁵ A ordem de oitiva não é absoluta, podendo ser alterada pelo magistrado, no caso concreto, desde que observado o princípio do contraditório: a própria previsão de produção antecipada da prova testemunhal, em razão da urgência (falecimento ou viagem iminente) permite que se atribua certa elasticidade a esse comando normativo.

Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo (art. 414 do CPC). Logo após a qualificação, sob pena de preclusão, a parte ou o interessado pode *contraditar*, oralmente, a testemunha, arguindo sua incapacidade para testemunhar (ver item acima). Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, surge uma questão, que deverá ser resolvida por um *incidente processual*, denominado simplesmente, na praxe forense, de *contradita*, no qual a parte poderá provar as suas alegações, até mesmo por prova testemunhal – no máximo três testemunhas, apresentadas no ato e inquiridas em separado (art. 414, § 1º, CPC). A parte que arrolou a

64. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 114.

65. Art. 413 do CPC: “O juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente; primeiro as do autor e depois as do réu, providenciando de modo que uma não ouça o depoimento das outras”.

testemunha deve ser ouvida neste incidente⁶⁶, em razão do seu manifesto interesse na manutenção do depoimento.

Observe-se o seguinte: a preclusão do poder de contraditar ocorre após a qualificação, pois é com base nela que se poderá apontar alguma das hipóteses que implicam incapacidade para o testemunho. Sucede que se, após a tomada do depoimento, sobrevém conhecimento de fato que se subsuma a qualquer das hipóteses excludentes da capacidade, será permitido à parte suscitar a contradita. A preclusão não é eficaz em relação a fatos que se revelam em momento posterior ao do seu surgimento.

Deve o magistrado, antes de iniciar a inquirição, tomar da testemunha o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. O juiz advertirá a testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade (art. 415 do CPC). Cumpre lembrar que as pessoas incapazes de depor não prestam o compromisso, exatamente em razão de sua especial condição, sendo ouvidas como informantes.

Antes de responder à pergunta, a testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406, já examinado (art. 414, § 2º, CPC).

9. DOCUMENTAÇÃO DO TESTEMUNHO

O depoimento da testemunha deverá ser documentado. O art. 417 do CPC permite que a documentação se dê pela sua transcrição em ata, datilografado, ou por outra forma idônea de registro, como a taquigrafia ou estenotipia. Permite-se que as partes *gravem* o depoimento. Como a lei permite qualquer forma idônea de registro, é conveniente, o registro da imagem do depoimento (*vídeo*, DVD, digital etc.).

A Lei Federal n. 11.419/2006 criou e regulamentou o *processo jurisdicional eletrônico* (art. 8º da Lei Federal n. 11.419/2006⁶⁷). Quando for o caso de processo eletrônico, o depoimento da testemunha será registrado nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 169 do CPC (§ 2º do art. 417 do CPC):

“§ 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

66. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 68.

67. Art. 8º da Lei Federal n. 11.419/2006: “Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Parágrafo único. Todos os atos processuais do processo eletrônico serão assinados eletronicamente na forma estabelecida nesta Lei”.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo”.

O depoimento deverá ser *assinado* pelos procuradores, juiz e depoente. No processo eletrônico, *todas as assinaturas serão também eletrônicas* (par. ún. do art. 8º da Lei Federal n. 11.419/2006).

Cabe ao magistrado ditar o depoimento ao serventuário responsável pelo registro. O art. 215 do Código de Processo Penal traz regra que serve como um bom parâmetro a ser seguido: “Na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases”.

Feito por outro modo de registro, o depoimento deverá passar para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença, ou noutros casos, quando juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte (art. 417, § 1º, CPC). O objetivo da regra é permitir a revisão da decisão pelo tribunal.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a prova oral não será reduzida a escrito (art. 36 da Lei Federal n. 9.099/1995), mas as partes, por ocasião do recurso, poderão requerer a transcrição da gravação da fita magnética a que alude o § 3º do art. 13 da mesma lei, correndo por conta do requerente as despesas respectivas (art. 44 da Lei Federal n. 9.099/1995).

No depoimento de uma testemunha ou de uma parte, pode surgir a informação de que uma outra pessoa também teve conhecimento sobre o fato: trata-se da testemunha *referida*, cujo depoimento pode ser ordenado *ex officio* ou a requerimento da parte (art. 418, I, CPC).

Havendo divergência entre os depoimentos colhidos (prestados tanto pela testemunha como pela parte), pode o magistrado determinar, *ex officio* ou a requerimento, a *acareação* dos depoentes, a fim de esclarecer a controvérsia (art. 418, II, CPC).

Finalmente, duas considerações.

a) A testemunha pode requerer ao juiz o pagamento da despesa que efetuou para comparecimento à audiência, devendo a parte pagá-la logo que arbitrada, ou depositá-la em cartório dentro de 3 (três) dias (art. 419, *caput*, CPC). Lembre-se que o beneficiário da justiça gratuita está isento do pagamento dessa despesa⁶⁸.

68. É o que diz o art. 3º, IV, da Lei de Assistência Judiciária, Lei Federal n. 1.060/1950. Sobre o tema, mais amplamente, DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 3 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

h) O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço (art. 419, par. ún., CPC).

CAPÍTULO VI

PROVA PERICIAL

Sumário • 1. Conceito e generalidades – 2. Fontes da prova pericial – 3. Espécies de perícia – 4. O perito e o assistente técnico: 4.1. O perito e suas funções; 4.2. Requisitos para escolha do perito; 4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa; 4.4. Escusa e recusa do perito; 4.5. Substituição do perito; 4.6. Assistente técnico e suas funções; 4.7. Quadro comparativo – 5. O juiz e a perícia – 6. Admissibilidade – 7. Procedimento de produção da prova pericial – 8. Contraditório – 9. Avaliação. Possibilidade de “segunda perícia” ou “outra perícia” – 10. Despesas.

1. CONCEITO E GENERALIDADES

Em algumas situações, a investigação dos fatos envolvidos na causa exige conhecimentos técnicos especializados que um juiz médio – assim considerado aquele que tem experiência comum, cultura média – não possui.

Diante disso, deve o órgão jurisdicional valer-se da chamada *prova pericial*.

A *prova pericial* é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um *perito*, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado *laudo pericial* – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos.

Chama-se *perícia*, “em alusão à qualificação e aptidão do sujeito a quem esses exames são confiados”¹.

Alguns exemplos de sua utilidade: *i)* a ação de indenização por danos oriundos de doença profissional, em que se fará necessária a atuação de um perito-médico para avaliar incapacidade laboral da vítima e sua extensão; *ii)* a ação para reparação de danos oriundos do desabamento de um prédio, em que será indispensável a avaliação, por um perito-engenheiro, das razões do desmoronamento; *iii)* a ação de prestação de contas, em que é essencial o exame, por um perito-contador, dos documentos e demonstrativos financeiros e contábeis da gestão administrativa – do inventariante, tutor, curador, administrador etc; *iv)* a ação de usucapião, na qual se nomeia um perito-engenheiro para analisar a delimitação e extensão da área usucapienda, há quanto tempo existem aquelas obras e construções etc.

Há quem discuta se a perícia é meio de prova, considerando-a como uma averiguação das provas feita pelo perito, no lugar do magistrado. Tratar-se-ia de uma ponderação razoável se considerássemos que todo meio de prova é a prova em si. Sucede que o meio de prova é, em verdade, a técnica desenvolvida para se

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 585.

extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte), enquadrando-se, nesse conceito, com tranquilidade, a prova pericial².

Sobre essa necessidade de eventual atuação do *expert* em vez do juiz, na investigação das provas, preleciona MOACYR AMARAL SANTOS: “Porque o juiz não seja suficientemente apto para proceder direta e pessoalmente à verificação e mesmo à apreciação de certos fatos, suas causas ou consequências, o trabalho visando tal objetivo se fará por pessoas entendidas na matéria”, *in casu*, os peritos. E registra que, em nenhuma hipótese, isso conferiria *caráter substitutivo* à prova pericial, isto é, não se substitui o juiz pelo perito. E passa a explicar.

Para o autor a perícia técnica pode se dar: 1) através de simples *percepção técnica*, ou seja, declaração do perito de ciência dos fatos, que só podem ser percebidos por apurado sentido técnico; 2) através de afirmação de *juízo técnico*, ou seja, formulação de um parecer ou opinativo, com fundo técnico, interpretando os fatos; e 3) através da conjugação das duas atividades anteriores, de percepção e afirmação de juízo, o que é o mais comum³.

Em todos os casos, diz o autor, o juiz preside e orienta as atividades do perito, que é colaborador – e, não, substituto do magistrado. O perito ou bem colabora com sua aptidão técnica de conhecimento e verificação de dados fatos (percepção técnica); ou bem colabora com sua opinião técnica a respeito da interpretação e avaliação dos fatos, dando-lhe regras técnicas para que o juiz o faça (juízo técnico). Sempre contribui, nunca substitui.

E arremata, afirmando que: “Basta considerar que a conclusão, opinião, o conselho pericial, as regras técnicas ou de experiência, apontadas como idôneas para se chegar àquelas conclusões ou para legítima interpretação dos fatos, não se impõem necessariamente, mas, ao contrário, ficam sujeitas ao exame crítico do juiz, que poderá até mesmo desprezá-las (art. 436)”⁴.

Com a devida vênia, pede-se licença ao processualista paulista para discordar. O perito, na qualidade de técnico especializado, faz as vezes do juiz na análise das fontes de prova. É ele que extrai a prova de onde ela irrompe.

2. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 280. Considerando-a meio de prova, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 310; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 200.

3. Também assim. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 199.

4. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 306-309. Cintra diverge na conclusão. Entende que nos casos em que a perícia se resume à percepção técnica, há substitutividade (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 199).

Quando o juiz pode, com sua própria cultura e conhecimento comum, acessar e compreender o que a fonte de prova revela, basta uma inspeção pessoal. Mas se para apreendê-la é necessário que se tenham dotes técnicos e científicos, além dos que se pode esperar do juiz-médio, a inspeção da fonte de prova deve ser feita por um *expert* na matéria, por um perito. O perito substitui, pois, o juiz, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, *a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial (perícia)*. Daí o caráter substitutivo da perícia.

Mas essa substitutividade se limita à verificação, análise, apreciação da *fonte de prova*, e pronto. O perito não se coloca no lugar do juiz na atividade de avaliação da *prova*. É por isso que cabe, tão-somente, ao juiz analisar e valorar o resultado da perícia – bem como de todos os outros meios de prova –, para considerá-lo, ou não, em seu julgamento (art. 436, CPC). Se não concordar com as conclusões da perícia, poderá o magistrado determinar *outra* perícia, chamada de *segunda perícia*.

PESTANA DE AGUIAR atribui uma natureza substitutiva de tal prova: “Aqui, a expressão ‘prova pericial’ (...), deve ser entendida em seu caráter substitutivo, qual seja o de revelar, através de regras técnicas, a prova dos fatos da causa. Tais fatos existem e são interpretados tecnicamente, pelo que a ‘prova pericial’ nada mais é que a prova já existente, mas inacessível na revelação do que representa, se não lhe for feita uma interpretação técnica”.⁵

A verdade é que o perito *substitui* o juiz na percepção e análise das fontes de prova, e *contribui*, com isso, para investigação dos fatos. É, ao mesmo tempo, substituto e auxiliar.

Resta, então, responder à seguinte pergunta: dispondo o magistrado de conhecimentos técnicos (por exemplo: além de bacharel em direito, o magistrado é médico), poderia ele dispensar a realização da perícia, aplicando o seu próprio saber técnico para a formação do seu convencimento? Não. “Do contrário, o juiz acumularia a função de perito, impossibilitando a adoção do correspondente procedimento probatório e amputando às partes a oportunidade de participar dele pela forma que a lei lhe assegura”⁶. “Tanto quanto o juiz-testemunha, o juiz-perito é recusado pelo sistema”⁷. Ademais: *a)* nem sempre o juiz que preside a produção da prova será aquele que sentenciará e *b)* a instância recursal é composta neces-

5. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 281.

6. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Fatos notórios e máximas da experiência”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 376, p. 9.

7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 586. Assim, também, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, p. 567 e 568.

sariamente por outros magistrados distintos daquele que proferiu a sentença. A perícia é, então, indispensável.

Sempre que as noções técnicas exigidas para a elucidação dos fatos extrapolarem o conhecimento esperado de um homem-médio, a prova pericial será necessária.

Sucedem que o juiz-médio pode dispor, basicamente, de dois tipos de conhecimento: *i)* o *comum*, que é aquele vulgar, obtido a partir do que ordinariamente acontece – ex.: qualquer pessoa sabe que arco-íris no céu é indicativo de que choveu; *ii)* o *técnico*, previsto no art. 335, CPC, que é o saber técnico e científico que detém um homem que não é profissional daquele campo do saber, nem é nele especializado – ex.: o juiz pode ter noções de psicologia, sem ser psicólogo, pode ter uma ideia de química, sem ser químico, algum conhecimento de enfermidades e procedimentos médicos, sem ser médico etc. –, é uma cultura geral ao alcance de todos.

O juiz pode valer-se de sua experiência comum e técnica para julgar, é o que se extrai do art. 335, CPC. Mas se a causa exigir conhecimentos que ultrapassem os limites do que é esperado do *homo medius* – de cultura comum e média –, adentrando o campo dos princípios, teorias, conceitos, fórmulas de uma ciência, é indispensável a perícia por um *expert*. “Onde termina o campo acessível ao homem de cultura comum ou propício às presunções judiciais, ali começa o das perícias”^{8,9}.

2. FONTES DA PROVA PERICIAL

Na prova pericial, *pessoas* ou *coisas* são as fontes de prova, pois podem ser objeto do exame. Os fenômenos também podem ser fonte da prova pericial (perícia para constatar barulho ou mau-cheiro, por exemplo).

Serviços não são fontes de prova pericial. Serviços não têm existência física. Assim, aquelas perícias em que se avalia valor ou qualidade de um serviço, por exemplo, têm como objeto, em verdade, a pessoa ou a coisa sobre a qual o serviço foi realizado, e, não, o próprio serviço¹⁰.

No que diz respeito às *pessoas*, não existem restrições em nosso ordenamento jurídico. Podem ser inspecionadas pessoas vivas ou mortas, em qualquer condição. Deve-se, contudo, preservar os direitos fundamentais da pessoa a ser examinada, considerando-se ilegítimas perícias realizadas contra sua vontade (art. 5º, LVI, CF).

A jurisprudência do STF já há muito firmou o entendimento de que ninguém pode ser coagido a se submeter a exame pericial na esfera cível. É o que ocorre, por

-
8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 586 e 587.
 9. Na doutrina alemã, admite-se que o tribunal denegue prova pericial quando considere que possui experiência o bastante para analisar a questão. Não se trata, contudo, de opinião dominante (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no cível*, p. 280).
 10. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 589.

exemplo, nas ações de investigação de paternidade, em que o suposto pai não é obrigado a aceitar a retirada de sangue para a realização de exame de DNA, mas, em contrapartida, o julgador está autorizado a presumir que o resultado seria positivo. Isso porque, normalmente, é a consciência da grande probabilidade de que esse seja o resultado que o faz recusar-se a fazer o exame¹¹. A discussão precisa ser retomada, porém, quando se cuida do direito ao reconhecimento de ascendência genética, conteúdo do direito fundamental à saúde e à vida.

A matéria já foi objeto de regulamentação no Código Civil de 2002, arts. 231 e 232, que firmam o entendimento de que aquele que se nega a se submeter ao exame médico não pode se beneficiar com sua recusa, em sendo ela injustificada, implicará em presunção de veracidade do fato a ser provado, a favor contraparte. O tema foi tratado com maior profundidade no capítulo de Teoria Geral da Prova – ao qual se remete o leitor¹².

No âmbito desportivo, a perícia é imprescindível para a verificação da existência de dopagem. Como a dopagem somente se pode comprovar por perícia, legitimar a recusa do atleta a submeter-se a perícia seria uma forma de estimular comportamentos ilícitos, desequilibrando a igualdade de armas e a lealdade, fundamentos das competições esportivas. A recusa à perícia médica, no caso, é abuso do direito, conduta ilícita que precisa ser coibida. Assim, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, no art. 244, § 5º, determina que “presume-se dopado, para os efeitos deste artigo, o atleta que não se submeter ao procedimento do controle de dopagem, quando regularmente notificado”.

Não existem limites jurídicos para a perícia sobre *coisas*. A única dificuldade que pode surgir é do acesso à coisa. Muitas vezes está em poder de uma das partes, de uma repartição pública ou de um terceiro.

Se a coisa a ser examinada estiver em poder das partes ou de uma repartição pública, o próprio perito pode solicitá-la, conforme o art. 429, CPC. E o juiz deve tomar todas as providências para que essa solicitação seja atendida, em caso de resistência – art. 355 segs., CPC. Se a parte descumprir a ordem de exibição, o juiz deve considerar verdadeiras as alegações que a perícia viria provar (art. 359, CPC).

Mas se estiver em posse de terceiro, o perito deve requerer ao juiz que providencie a exibição, na forma dos arts. 360 a 363, todos do CPC¹³. De acordo com o art. 341, II, CPC, o terceiro tem o dever de exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder quando requisitados.

-
11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 589.
 12. Confira-se, ainda, a obra coletiva organizada por Freddie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: *Prova, exame médico e presunção – o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.
 13. Com essa visão, SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 369.

3. ESPÉCIES DE PERÍCIA

De acordo com o art. 420, CPC, a perícia pode consistir em: exame, vistoria ou avaliação.

O *exame* e a *vistoria* são atividades substancialmente iguais. Ambas consistem no ato de inspeção, observação. Distinguem-se, tão-somente, pelo seu objeto.

Enquanto o *exame* é ato de inspeção de pessoas e bens móveis ou semoventes – ex.: exame do DNA do suposto pai ou suposta mãe, em ação de investigação de paternidade –, a *vistoria* é ato de inspeção de bens imóveis – ex.: vistoria de imóvel locado, para apuração de danos sofridos no curso da locação¹⁴. Disso extrai-se que “uma e outra somente são praticáveis quando o objeto da perícia é de natureza material, quer dizer, pode ser visto, ouvido, sentido e examinado pela inspeção”¹⁵.

Ovídio Baptista segue essa linha de inteligência, mas lembra que o nosso código embaralha as espécies. No art. 846, contrapõe “exame pericial” à prova testemunhal e depoimento pessoal, dando a entender que “exame” não seria mais uma espécie de perícia, mas, sim, o próprio gênero – o que prevalecia no CPC/39, que assim denominava todo capítulo que cuidava da perícia (“Exames Especiais”)¹⁶.

Marinoni e Arenhart, a princípio, não fazem distinção entre exame e vistoria. Ambos dizem respeito a uma atividade de observação, inspeção, revista. São, em verdade, sinônimos. Mas, para fins didáticos, também propõem uma diferenciação pautada no objeto, conquanto diversa e mais simples do que daquela ora proposta. Enquanto o *vistoria* recai sobre bem imóvel, o *exame* é realizado sobre bem móvel¹⁷.

Já a *avaliação*, também chamada de arbitramento, é a atividade de fixação do valor de coisas e direitos.

14. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 121. Também nesse sentido, SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 283; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, 1989, p. 310.

15. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 311; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 202 e 203.

16. Também Antônio Carlos de Araújo Cinto percebe a confusão que o CPC faz com os termos ao longo de seus artigos, indicando inúmeros exemplos. Às vezes o termo exame é usado como sinônimo de perícia (arts. 33, 434, 976, 1.183, por exemplo); às vezes é usado em sentido diverso, não implicando em perícia, e gerando dúvida sobre o seu significado (art. 434, 384, parágrafo único etc.). (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 203 e 204).

17. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 378. Em outra obra mais profunda, Marinoni e Arenhart criticam essa distinção. Registram as inúmeras discordâncias doutrinárias sobre o tema e defendem que “não há base para distinguir os dois vocábulos supondo o seu objeto, e afirmando, sem nenhuma base normativa, que a vistoria recai sobre imóvel e o exame não. Também não procede, para efeito da pretendida diferenciação, afirmar que a vistoria é a atividade de quem vê, pois no exame ocorre o mesmo; aquele que vê, e relata algo – seja na forma oral ou por escrito – realiza exame ou vistoria. Como o CPC utiliza, sem significação precisa, as duas expressões, é melhor requerer simplesmente prova pericial, precisando-se o objeto sobre o qual deve recair e sua finalidade”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, p. 573.)

JOÃO BATISTA LOPES diferencia avaliação e arbitramento. Enquanto aquela seria estimação de valor de mercado da coisa ou direito – como se dá em processos de execução ou inventário –, esta última seria estimação de valor de coisa ou direito, quando não for possível sua avaliação por preço de mercado¹⁸.

Para Ovídio Baptista, avaliação e arbitramento podem ser considerados como tipos distintos de perícia, como se faz na linguagem forense. O arbitramento serviria para reduzir a numerário algum direito ou obrigação, já a avaliação, que ocorre em execução ou inventário, não é tratada como arbitramento, nem segue as regras inerentes à perícia¹⁹.

Moacyr Amaral Santos também os visualiza como categorias diversas. O arbitramento serviria para estimativa de valor (atribuição de valor em dinheiro) de coisas, direitos ou obrigações, já a avaliação seria a determinação de justo preço de alguma coisa como ocorre em execução, inventário, partilha²⁰.

Como já dito, não enxergamos distinção substancial que justifique extremar os institutos em questão.

Não se vislumbra nenhuma utilidade prática ou didática nessa classificação.

Essas três espécies de perícia foram herdadas do direito português, ressaltando-se que lá o gênero é o arbitramento. O arbitramento é sinônimo de perícia²¹.

No Código Civil de 1916, art. 136, incisos VI e VII, previam-se o exame, vistoria e arbitramento como meios de prova dos fatos jurídicos. O CPC/73, art. 420, acolheu a subdivisão feita pela legislação material – ainda que tenha substituído o termo arbitramento por avaliação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no art. 212, V, eliminou a previsão das modalidades citadas, limitando-se a mencionar a perícia como forma de prova dos atos jurídicos. Merece aplausos a alteração promovida pelo legislador, que, finalmente, parece reconhecer que não há diferença substancial e útil entre essas espécies de perícia. Uma boa medida seria entender que o art. 212, V, CC/2002, em sendo lei posterior, teria revogado, no art. 420, CPC, a previsão dessas modalidades de perícia.

Malgrado não exista previsão legal, é possível cogitar, ainda, das chamadas *perícias extrajudiciais ou amigáveis*, que seriam aquelas que as partes promovem fora do processo para a elucidação de dúvidas e questionamentos que surgiram ou possam vir a surgir sobre fatos que lhes interessam. Dar-se-iam, sempre, de forma consensual, por acordo de ambas as partes. Produzida em contraditório extrajudicial, com o assentimento de ambos os sujeitos da relação jurídica material, essa perícia produzirá um laudo que poderá ser utilizado como prova em juízo, com *status* bem semelhante ao de uma prova pré-constituída.

18. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 121.

19. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 366.

20. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 311

21. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 282.

MOACYR AMARAL SANTOS, abordando essa espécie de perícia, diz ser comum na prática forense, exemplificando: “Exemplo a que o locador e locatário promovam, no início do contrato de locação, a fim de certificarem-se sobre as condições de conservação do imóvel e que, um dia, desavindo eles, seja trazida a juízo para prova dos fatos da causa. Exemplo, ainda, a perícia que se faça na divisão amigável e que, depois, venha a ser oferecida como prova numa questão entre antigos condôminos”²².

Há casos em que o legislador reputa indispensável a perícia, como na ação de demarcação de terras e de acidente de trabalho. São as chamadas *perícias necessárias* ou *obrigatórias*, aquelas impostas pelo legislador como meio adequado para a verificação de dados fatos, etapa necessária do procedimento²³.

É possível, ainda, a realização de perícia antecipadamente, para instruir processo futuro. Trata-se da *perícia antecipada* ou *ad perpetuam rei memoriam* que foi acolhida pelo nosso CPC dentre as chamadas medidas cautelares (art. 846), mas que, de fato, possui natureza de procedimento de jurisdição voluntária.

4. O PERITO E O ASSISTENTE TÉCNICO

4.1. O perito e suas funções

A prova pericial é realizada pelo perito.

O *perito* é um auxiliar eventual da justiça, que contribui para o julgamento da causa, transmitindo ao juiz suas impressões técnicas e científicas sobre os fatos postos à sua apreciação, que deverão ser registradas, de regra, no chamado laudo pericial.

O *laudo pericial* é o instrumento escrito apresentado pelo perito, no qual ele registra suas respostas aos quesitos, seus raciocínios e suas conclusões – que devem ser expostos de maneira objetiva, abordando os pontos controvertidos. Para elaborar o laudo, o perito deve ter contato direto com as fontes de prova – pessoas e coisas –, analisando-as com base em métodos técnicos e científicos e todos os outros elementos que se façam necessários (art. 429, CPC).

Tomando como critério a *função* desempenhada pelo perito, fala-se em dois tipos de perito: *i) o perito percipiente*, que é aquele que percebe os fatos com apurado senso técnico, para noticiá-los ao juiz – figura que se assemelha, minimamente, à testemunha; e *ii) o perito judicante*, que é aquele que não só narra fatos, como também, sobre eles, lança um parecer técnico especializado – apurando suas causas e consequências, caracterizando-os, apontando regras técnicas e científicas para investigá-los etc.²⁴

22. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 311.

23. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 312.

24. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 318.

Assim, enquanto o *perito percipiente* declara ciência dos fatos (relato, narrativa), constatados por sentido técnico, o *perito judicante* além de relatá-los, enuncia opinião técnica sobre eles.

As funções do perito não se confundem com as da *testemunha* – não obstante em algumas situações com elas se assemelhem.

A função do perito não é simplesmente relatar fatos percebidos sensorialmente – tal como devem fazer as testemunhas –, mas, sim, percebê-los tecnicamente e/ou emitir um juízo sobre eles, fundado em seus conhecimentos técnico especializados.

Às testemunhas cabe narrar fatos que foram objeto de percepção sensorial, com uma visão leiga, e não constatar ou fazer um juízo técnico sobre eles – malgrado não raro o façam. Assim, por exemplo, “a testemunha pode declarar que o prédio desabou, mas não pode declarar que o prédio desabou em virtude de rachaduras que eram existentes (isto apenas a prova pericial pode dizer)”.²⁵

ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA traz outros critérios, que reputa decisivos, para distinção entre perito e testemunha: “Primeiro, a testemunha tem conhecimento dos fatos casualmente e o perito é encarregado pelo juiz de verificá-los. Segundo, a testemunha é infungível, no sentido de que deve ter presenciado os fatos a respeito dos quais deporá em juízo, e o perito é fungível, no sentido de que pode ser livremente escolhido pelo juiz dentre as pessoas tecnicamente habilitadas para esclarecê-lo sobre os fatos da causa”. Por fim, informa que há quem entenda que o perito pode ser testemunha na causa em que atua, porquanto não haja incompatibilidade²⁶.

E mais. Normalmente, a testemunha historia *fatos passados*, com base em suas percepções sensoriais. Já o perito verifica, analisa e opina sobre *fatos presentes*, com base em seus conhecimentos especializados.

Esse outro critério de diferenciação é, contudo, relativo. Existem as chamadas perícias indiretas, voltadas para fatos pretéritos, baseadas em rastros e pistas deixadas no tempo.

“Há, porém, certas modalidades de perícias que, por seu resíduo histórico, se aproximam da prova testemunhal, embora desta ainda nitidamente se diferenciem. São as chamadas perícias retrospectivas ou indiretas. Por meio das mesmas se faz um exame técnico dos vestígios presentes de fatos passados, para se concluir acerca da prova desses fatos. Na doutrina há dupla natureza na função do perito. O perito *percipiendi*, que faz a verificação dos fatos existentes, e o perito *deducendi*, que interpreta os vestígios de fatos passados”²⁷.

MOACYR AMARAL SANTOS bem lembra que, normalmente, a perícia recai sobre fatos permanentes e atuais, mas os fatos transitórios e pretéritos que deixem rastros e

25. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*, 5 ed., p. 378.

26. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 201.

27. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 281.

vestígios, eventualmente, podem ser examinados e reconstituídos por peritos, de forma a tornarem-se atuais para o juiz da causa²⁸.

Ao perito não é dado, outrossim, intrometer-se na tarefa hermenêutica. Opinar sobre questões jurídicas, interpretando lei ou citando jurisprudência ou doutrina jurídica. Sua atuação é eminentemente técnica e recai, tão-somente, sobre fatos. Só deverá emitir juízos, baseados em sua especialidade profissional, sobre questões de fato.

Assim, por exemplo, se um perito não pode opinar pelo deferimento de um pedido de indenização do locador, com arrimo na lei e na jurisprudência dominante, pode, porém, fazer uma vistoria do imóvel, para entender que os danos alegados foram decorrentes de mau uso.²⁹

O perito regularmente nomeado tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, com toda sua diligência – independentemente de termo de compromisso (art. 422 c/c 146, CPC). Deve atuar com competência, lealdade, eficiência e zelo. Deve empregar com desvelo seus conhecimentos técnicos, agir com probidade e retidão e, sempre, cumprir seus prazos.

O descumprimento de tal dever pode implicar consequências: *i*) processuais e cíveis – o perito que fornece informações inverídicas, por dolo ou culpa, ficará inabilitado para atuar como perito em outros processos por dois anos, bem como responderá pelos danos causados à parte (art. 147, CPC); *ii*) criminais, com a imputação da sanção prevista no art. 342, CP, para perito que deduz afirmação falsa ou omite fato relevante (delito de falsa perícia); e *iii*) ético-profissionais, com a cominação de sanções corporativas, previstas para sua área profissional³⁰.

4.2. Requisitos para escolha do perito

A perícia não pode ser realizada por uma pessoa qualquer. Existem requisitos a serem preenchidos para que seja escolhida como perito.

Deve ser uma pessoa física ou jurídica³¹. Além disso: a) deve ser um profissional técnico – não necessariamente culto e letrado (ex.: perito-mecânico, em uma causa de acidente de veículo)³²; b) pessoa de confiança do juiz, dotado de

28. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, 316.

29. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 124.

30. Conferir ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 581.

31. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 569. João Batista Lopes, em sentido diverso, defende que só pode se tratar de pessoa física, jamais jurídica (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 124). Também assim, Antônio Carlos de Araújo Cintra, ainda que ressalvando que isso não impede que o juiz solicite nome de peritos em estabelecimentos especializados, nem que o perito tenha uma equipe de apoio (CENTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 208).

32. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 123. Antonio Carlos de Araújo Cintra também comunga dessa opinião, entendendo que a especialidade pode dispensar cultura ou instrução. Tra-

idoneidade moral – afinal, o juiz decide com base no laudo pericial, e o jurisdicionado tem o direito fundamental a um julgamento justo, o que só será possível se o laudo for idôneo³³.

Pressupondo a perícia conhecimentos abrangidos por uma área universitária – ex.: medicina, engenharia, contabilidade etc. –, o perito deve ser um profissional de nível universitário, devidamente inscrito no órgão de classe competente (art. 145, §1º, CPC)³⁴. Se na localidade não houver um profissional qualificado que preencha tais requisitos, o juiz escolherá livremente o perito (art. 145, §3º, CPC), observando os pressupostos de que tenha o conhecimento técnico e científico necessário e de que seja pessoa idônea, de sua confiança (relembre-se que o novo art. 159 do CPP exige que o experto seja profissional portador de diploma de curso superior).³⁵

zendo célebre exemplo de Pontes de Miranda do especialista em borracha na Amazônia ou em podamento de pé de calê da Colômbia que podem ser, até mesmo, analfabetos (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 207). A despeito disso, a Lei 11.690/2008, que alterou o art. 159 do Código de Processo Penal, exige que exame de corpo de delito e outras perícias sejam “realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”. Mas ressalva, em seu § 1º, que “na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”. O legislador não abre mão, pois, de um profissional com diploma de curso superior. E, enfim, no § 2º, estipula-se que “os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo”, eximindo-se os oficiais de fazê-lo.

33. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 569.
34. Assim, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 569. Mas há quem adote entendimento diverso. Segundo Ovídio Baptista, na forma do art. 145, §1º, o perito sempre deverá ser profissional de nível universitário (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 367). Também assim, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 592; SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 286.
35. Na forma do art. 159 do Código de Processo Penal, os exames de corpo de delito e outras perícias devem ser feitos por perito oficial, portador de diploma de curso superior – sendo que, na sua falta, o juiz poderá nomear duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, e com habilitação técnica para fazer o exame. Há precedente da 2ª Turma do STF mitigando a aplicação dessa regra, no bojo do HC n. 101028-RS (rel. Min. Eros Grau, j. em 28.09.2010). No caso, fora deferido o habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da União para absolver o paciente condenado pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, sob a alegação de que a nulidade da perícia da arma apreendida, decorrente do fato de que um dos peritos (policiais) nomeados não era ainda diplomado em Direito, acarreta a inexistência de prova da materialidade do crime. O relator, Min. Eros Grau, havia acolhido o argumento da Defensoria Pública, mas o Min. Joaquim Barbosa divergiu de seu voto, no que foi acompanhado pelos demais membros da 2ª T. do STF, registrando o seguinte posicionamento: “(...) a arma estava municiada e houve exame de comprovação de sua eficácia, subscrito por um perito com diploma de curso superior e outro perito, ainda não detentor do diploma, mas com idoneidade e conhecimento técnico para aferir a eficácia da arma utilizada, por ser policial”, concluiu o Min. Joaquim Barbosa.

Mas DIOGO ASSUMPTÃO ALMEIDA observa que a escolha judicial do perito, tal como moldada em nosso ordenamento, deposita excessiva confiança na qualidade do ensino das universidades brasileiras. Por isso, sugere a criação de uma listagem de peritos considerados tecnicamente aptos pelo tribunal, a ser produzida pelos órgãos administrativos integrantes de tais cortes, que avaliem, selecionem e enumerem esses profissionais – como já se fez no TJ/RJ –, tudo isso, a partir critérios objetivos, previstos em lei (ex.: experiência, credibilidade etc.). E, uma vez inexistente o nome de perito com a especialidade necessária na dita lista, cabe a este mesmo órgão do Tribunal auxiliar o magistrado a encontrá-lo, como já acontece na Corte Fluminense³⁶.

Além disso, há quem proponha mudança legislativa no sentido de que as partes participem da escolha do perito, manifestando concordância (ou não), sugerindo outro nome (até mesmo de comum acordo), tornando este ato, a princípio, autêntico negócio processual. E isso não prejudicaria sua imparcialidade, na medida em que sua escolha não se dá por tender a seguir a tese de uma das partes, mas, sim, por ser considerado capacitado e isento. Tanto que uma das vantagens daí decorrentes seria inibir eventuais impugnações do perito, vez que as próprias partes assentiram com o nome proposto³⁷.

Uma observação.

Se a perícia versar sobre autenticidade ou falsidade de documento ou sobre medicina legal (for de natureza médico-legal), o perito deve ser *preferencialmente* escolhido dentre os *experts* vinculados a estabelecimentos oficiais especializados – *in casu*, o Instituto de Criminalística e o Instituto Médico Legal (art. 434, CPC). Perceba-se que não há, aqui, uma imposição, mas, sim, uma recomendação dirigida ao juiz.

Nada impede que assistentes técnicos advenham do mesmo estabelecimento³⁸.

O juiz autorizará, diz a lei, o envio dos autos e de todo o material a ser examinado ao diretor do estabelecimento (art. 434, CPC).

Caso o exame verse sobre autenticidade de letra ou firma, o perito pode requisitar documentos existentes em repartições públicas, para comparar a letra ou firma *sub examine*. Na falta destes, pode solicitar ao juiz que ordene que a pessoa a quem se quer atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação (art. 434, parágrafo único, CPC).

Neste particular, encontra-se regra interessante no Código de Processo Civil Português, art. 584º, n. 2: “2. Quando o interessado residir fora da área do círculo judicial e a deslocação representar sacrifício desproporcionado, expedir-se-á carta precatória, acompanhada de um papel lacrado, contendo a indicação das palavras que o notificado há de escrever na presença do juiz deprecado”.

36. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 162.

37. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 164-165.

38. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 344.

4.3. Nomeação de mais de um perito. Perícia complexa

Pelo novo art. 431-B, inserido pela Lei n. 10.358/2001, institui-se a possibilidade de, em se tratando de perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz nomear *mais de um perito* e a parte indicar mais de um assistente técnico (também assim, o art. 159, § 7º, do CPP, inserido pela Lei Federal n. 11.690/2008)

Nada mais natural. Acreditamos, a bem da verdade, que o art. 130, combinado com o art. 331, ambos do CPC, já autorizava tal prática. Seria prova atípica. Mas o que abunda não vicia. O grande sentido da reforma é permitir que a parte nomeie mais de um assistente técnico (segundo se depreende da exposição de motivos). Há, de fato, perícias que requerem conhecimentos técnicos os mais diversos para que possam atingir o desiderato de melhor informar o juízo.

Grandes causas que envolvam questões do mercado financeiro, por exemplo, ensejam, no mais das vezes, a manipulação de conhecimentos de economia, administração, contabilidade e finanças. Ou causas para cumprimento específico da obrigação de finalização de obras por uma construtora; neste caso, necessária se faz uma perícia de um engenheiro, para avaliar o estado físico de obra, e de um contador para analisar suas contas.

O legislador teve o cuidado de dizer o que é perícia complexa: aquela cuja análise de fato, coisa ou pessoa dependa de conhecimentos pertencentes a áreas diversas. Poderão ser dois, três, cinco ou dez peritos e assistentes técnicos, dependendo do número de conhecimentos diferentes que se exijam. Não se trata, por fim, de uma segunda perícia, mas de perícia única, elaborada por mais de um perito.

4.4. Escusa e recusa do perito

O perito pode *escusar-se* a atuar na causa, alegando motivos justos e legítimos, dentre eles seu impedimento ou suspeição (art. 138, III, 146 e 423, CPC).

Na forma do art. 146, par. ún., CPC, a escusa deverá ser apresentada no prazo de 05 (cinco) dias, contados da intimação do despacho de sua nomeação ou do impedimento/suspeição superveniente, sob pena de se reputar renunciado o direito de alegá-la.

O “motivo legítimo” é conceito indeterminado cujo preenchimento será verificado pelo juiz à luz do caso concreto. E constituem motivos legítimos, por exemplo: *i)* aqueles de força maior; *ii)* inabilitação do perito para tratar da matéria (art. 424); *iii)* incidência da perícia sobre fato sobre o qual, por seu estado ou profissão, deva preservar o sigilo; *iv)* estar assoberbado com outras perícias, no mesmo período etc.³⁹

39. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1989, p. 323.

A regra é que o perito sempre seja dispensado quando apresentar escusa, visto que: *i)* de um lado, existem outros *experts* da área disponíveis e que terão interesse em assumir o encargo; *ii)* de outro, a oposição do perito já faz presumir que obrigá-lo a cumprir o *munus* resultará em um laudo pericial de baixa qualidade e de idoneidade questionável.

Se o juiz entender que o motivo apresentado não é legítimo, pode impor que o perito realize a prova, sob pena de cominação da sanção do art. 14, parágrafo único, CPC.⁴⁰

Pode, ainda, *ser recusado* por impedimento ou suspeição (art. 138, III, c/c art. 423, ambos do CPC) ou por ser inabilitado para atuar na causa (art. 147, CPC).

Aplicam-se ao perito, as mesmas causas de impedimento ou suspeição previstas para o juiz (art. 138, II, CPC)⁴¹.

Se o perito não reconhecer seu impedimento ou suspeição, a parte interessada poderá argui-lo, no primeiro momento que lhe cabe falar nos autos⁴², através de petição devidamente fundamentada e instruída com os documentos necessários. Poderá o juiz, ainda, suscitá-lo de ofício.

O juiz deverá instaurar um incidente processual não-susensivo, a ser processado em autos apartados. Ouvirá o perito em um prazo de quinze dias, abrirá a oportunidade para a produção de provas e, ato-contínuo, julgará o incidente (art. 138, § 1º, CPC).

Acolhida a exceção o juiz deverá afastar o perito suspeito ou impedido, condená-lo ao pagamento das despesas processuais do incidente – art. 314, CPC, por analogia –, e, acaso tenha prestado informações inverídicas, com dolo ou culpa, imputar a sanção de inabilitação e uma indenização por prejuízos causados, ambas previstas no art. 147, CPC. Afora isso, deve nomear outro perito de sua confiança.

40. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, p. 583. Mas Moacyr Amaral Santos informa que, sobre a possibilidade de recusa *independente de justo motivo*, existem duas correntes doutrinárias: *i)* aquela que admite amplamente a negativa do perito de atuar na causa, independentemente de motivação, detendo a pessoa nomeada ampla liberdade para recusar o *munus*; *ii)* aquela que entende que o dever de prestar o serviço é de direito público, não detendo o especialista a liberdade de aceitar ou não o encargo, trata-se de dever político-social do indivíduo por a serviço da justiça seus conhecimentos – corrente seguida pelo CPC/39 (art. 146 c/c 339). Por fim, registra o autor sua opinião: “Encarada a função pericial como um dever cívico, não se lhe poderá opor, para desviar-se do seu cumprimento, o interesse privado do perito” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 322). Com visão semelhante, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 212.

41. Antes da reforma (Lei n. 8.455/1992), impunha-se que o perito prestasse compromisso de zelo e probidade no cumprimento de seu *munus*. Mas essa exigência inútil e desarrazoada foi suprimida, pois tais deveres são inerentes à atividade desse auxiliar da Justiça.

42. Segundo Pestana de Aguiar, o prazo é de 15 dias a contar da decisão de publicação do despacho de nomeação do perito – que é o fato gerador da suspeição. Parte de uma interpretação conjugada do art. 305, CPC c/c art. 138, § 1º, CPC. (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, 2003, p. 291 e 292). Parece-nos uma boa interpretação.

A decisão que afasta e condena o perito pode ser por ele impugnada por recurso de agravo, já que se trata de decisão interlocutória proferida em incidente processual do qual o perito é parte⁴³⁻⁴⁴.

Sobre as causas que justificam a recusa do perito, encontramos diversas regulamentações no Direito Comparado, chamando à atenção as seguintes: *i)* o sistema francês, acompanhado pelo soviético e o canônico, em que as causas de recusa são as mesmas relativas à suspeição das testemunhas; *ii)* o sistema alemão, austríaco e italiano, em que as causas de recusa são as mesmas aplicadas aos juízes; *iii)* o sistema espanhol, em que há as mesmas causas de recusa para peritos e testemunhas, mas com algumas diferenças e adaptações; *iv)* o sistema português, em que as causas de recusas são não só aquelas existentes para os juízes, como outras específicas (art. 580, CPC Português)⁴⁵.

4.5. Substituição do perito

A princípio, é possível a *substituição do perito* em duas situações: *i)* quando não detiver conhecimentos técnicos suficientes para trazer os esclarecimentos necessários; *ii)* quando, sem justo motivo, não apresentar o laudo no prazo fixado pelo juiz (art. 424, CPC), o que consiste em falta grave, que deve ser comunicada à corporação profissional competente, e punida com a cominação de multa arbitrada de acordo com o valor da causa e com os prejuízos oriundos do atraso processual (art. 424, parágrafo único)⁴⁶.

Também é substituído o perito cuja escusa é aceita, ou o perito que é recusado – por impedimento, suspeição ou inabilitação (art. 423, CPC).

Com uma visão ampliativa do enunciado normativo, MARINONI e ARENHART sustentam que: “Isso não quer dizer que, diante da ocorrência de outros motivos relevantes, não possa juiz, mesmo sem requerimento, substituir o perito. É lógico que, ocorrendo algum outro motivo grave ou relevante, isto é, motivo que possa comprometer o resultado da prova pericial, o juiz pode substituir o perito”. Lembram, nesse sentido, do art. 196, CPC Italiano que dispõe que: “o juiz sempre tem a faculdade de determinar a renovação das diligências e, por graves motivos, a substituição do consultante técnico”⁴⁷.

43. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado (artigo por artigo, parágrafo por parágrafo)*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 431.

44. Em sentido diverso, Marinoni e Arenhart defendem que, por não ser o perito parte nem terceiro no processo, não pode interpor recurso. Cabe para os autores, mandado de segurança ou ação de conhecimento, se necessária a produção de provas (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 586).

45. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 291 e 292.

46. No texto anterior do dispositivo, a multa era de valor não superior ao salário mínimo vigente. Na visão de Pestana de Aguiar, o art. 424, parágrafo único, aplica-se não só na hipótese do art. 424, II, como também na hipótese do art. 424, I (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 294).

47. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 585.

4.6. Assistente técnico e suas funções

O *assistente técnico* é um auxiliar da parte e, não, do juízo, razão pela qual, com o advento da Lei n. 8.455/1992, revogou-se o art. 430, CPC, e alterou-se a redação do art. 422, CPC, para não mais se exigir que preste compromisso, e para se o excluir do rol de sujeitos submetidos às hipóteses de impedimento e suspeição (art. 422, CPC)⁴⁸.

Um breve esboço histórico sobre as funções do assistente técnico e do perito.

O art. 129, CPC/39, adotou o sistema do perito único, nomeado pelo juiz, facultando que as partes indicassem assistentes técnicos para acompanhar a perícia.

Mas o dispositivo citado (art. 129, CPC/39), com reforma sofrida em 1946 (Dec.-Lei n. 4.565/46), estabeleceu um regime peculiar. Dispunha que o perito poderia ser escolhido, de comum acordo, pelas partes. Acaso não chegassem a um consenso, o juiz nomearia um perito oficial e as partes indicariam seus próprios “peritos”. Os “peritos” das partes apresentariam laudos, muito provavelmente divergentes, e o perito oficial teria a função de oferecer um laudo de desempate – para o caso do juiz não acolher os laudos divergentes.

Este “perito” das partes é figura muito próxima do atual assistente técnico⁴⁹.

Com o CPC/73, ressuscita-se o perito único, nomeado pelo juiz, e o assistente técnico⁵⁰. Os arts. 430 e 431, do CPC/73, quando ainda em vigor, diziam respeito ao relacionamento entre perito e assistentes técnicos na produção da prova pericial. Estes últimos eram vistos como auxiliares da justiça, prestavam inclusive compromisso e se submetiam às mesmas hipóteses de suspeição e impedimento que o perito. Demais disso, realizavam a perícia juntamente com o perito do juízo. A perícia era atividade colegiada.

Com a mudança de perspectiva da prova técnica, implementada pela Lei 8.455/1992, que revogou os artigos citados (430 e 431), os trabalhos dos expertos do juiz e os das partes passaram a ser independentes entre si, não havendo mais sentido, mesmo,

48. O revogado §2º do art. 421 versava sobre a escolha do assistente técnico em caso de litisconsórcio, estipulando que, em tais situações, prevaleceria o voto da maioria do grupo e, em caso de empate, decidir-se-ia pela sorte. Melhor seria, segundo Pestana de Aguiar, que se desse ao juiz o poder de eleger o assistente em caso de empate (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 288).

49. “Tivemos, nesse interregno, entre o sistema originário adotado pelo Código de 1939, agora restaurado, e o vigente uma concepção legal diferente a respeito da prova pericial. O art. 129 do Código revogado, a partir do Decreto-lei 8.570, de 8 de janeiro de 1946, estabelecia que os *exames periciais* poderiam ser feitos por um só louvado, concordando as partes. O juiz nomearia perito oficial se as partes não concordassem na indicação de um perito único de sua escolha. Neste caso, o perito oficial teria a função de proferir laudo desempatador entre os laudos divergentes dos peritos indicados pelas partes, quando não se decidisse pela adoção de um desses laudos”. (SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 368).

50. Na verdade, no anteprojeto elaborado por Buzaid, dispunha-se que “não havendo acordo entre as partes, o exame pericial deveria ser feito por três peritos que, realizada a diligência, em conferência reservada, redigiriam o laudo ou levariam ao conhecimento do juiz eventual divergência”. A proposta não vingou. Terminou por adotar, no projeto do CPC, o sistema do perito único com assistentes técnicos indicados pelas partes (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 201-202).

em laudo único, assinado pelo perito e pelos assistentes (art. 430, já revogado), como, por exemplo, se previa.

A partir de então, assistente técnico não presta mais compromisso nem se submete às causas de suspeição e impedimento que o perito. Curiosamente, a Lei n. 11.690/2008, ao redigir o § 4º do art. 159, confere ao juiz o poder de admitir ou não o assistente indicado pela parte: “§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz...”.

E, atualmente, também o perito tem o dever de cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso (art. 422 c/c 146, CPC). Há muito, nossos doutrinadores criticavam a sujeição do perito a essa necessidade de prestar compromisso. É ato inútil, desnecessário, dizem, pois é dever intrínseco às suas funções o de dever zelar pelo seu perfeito cumprimento, de forma diligente e proba⁵¹.

O *parecer técnico* é o instrumento no qual o assistente técnico registra seu juízo técnico-científico que pode ser de: *i)* concordância com o laudo pericial, ratificando-o e subscrevendo-o; ou *ii)* discordância, quando deverá elaborar outro com críticas, raciocínios e conclusões diversas.

Se o juiz, sob o argumento de que a perícia é complexa – com base no art. 431-B – nomear mais de um perito, as partes terão o direito de indicar mais de um assistente técnico (art. 431-B).

4.7. Quadro comparativo

Veja-se, enfim, um quadro comparativo das duas principais figuras envolvidas na perícia:

	PERITO JUDICIAL	ASSISTENTE TÉCNICO
Função	Auxiliar da Justiça	Auxiliar das partes
Indicação	Nomeado pelo juiz, respeitando exigências legais.	Livre indicação das partes.
Parcialidade	Deve ser imparcial. Submete-se à alegação de suspeição e impedimento.	É parcial. Não se submete à alegação de suspeição e impedimento.
Participação	Obrigatória	Opcional, a critério das partes
Atividade	Emitir juízos técnicos e científicos sobre questão <i>sub examine</i> .	Fiscalizar trabalho do perito e emitir sua opinião para criticar ou apoiar o laudo pericial
Instrumento	Laudo pericial	Parecer técnico

51. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 320.

5. O JUIZ E A PERÍCIA

Pouco se fala do papel do juiz na produção da prova pericial. Talvez, por isso, o órgão jurisdicional assuma uma posição passiva, limitando-se a nomear o perito e aguardar os resultados do seu trabalho.

O ideal seria que o magistrado assumisse uma postura mais enérgica e atuante, definindo um roteiro para a realização da perícia, bem como acompanhando seu cumprimento. Deveria dirigir, com pulso e firmeza, cada passo da perícia.

Tratando-se de um ideal praticamente inatingível, ante a nossa realidade de juízos asoberbados de serviço, o juiz deve, ao menos, depois de nomear o perito, formular os quesitos do juízo e indeferir os quesitos impertinentes das partes (art. 426, CPC)⁵². É o mínimo que pode fazer para garantir a qualidade e eficácia da prova pericial.

Entretanto, tem-se falado na necessidade de um controle jurisdicional mais efetivo sobre a perícia. Parte-se da premissa de que permitir a avaliação livre do juiz sobre a prova pericial, no que se refere a sua cientificidade ou a sua tecnicidade, poderia conduzir ao que se chama de “junk science”, isto é, a uma falsa ciência. Daí, pregar-se a necessidade de estabelecerem-se critérios objetivos que auxiliem o juiz no controle da perícia, de modo a assegurar seja trazido ao processo jurisdicional conhecimento seguro e confiável. “no sentido de representar de maneira fidedigna aquilo que é aceito pelos especialistas da área”⁵³.

No Brasil, ao contrário do sistema estadunidense, o controle da prova é feito pelo juiz no momento da sua valoração da prova e explicitado na fundamentação da sentença. Defende-se, contudo, que, também aqui, o controle judicial da perícia deva começar antes da sua realização, cabendo ao juiz avaliar não só sua necessidade, utilidade, viabilidade e licitude, como também exigir que o perito “indique e comprove suas especialidades e a capacidade para auxiliar no accertamento dos fatos técnicos-científicos”⁵⁴. E mais, defende-se que, *de lege lata*, o juiz brasileiro, no exercício do seu livre convencimento motivado (art. 131, CPC), avalie a cientificidade do resultado da perícia, a confiabilidade do laudo, buscando, para tanto, dados não-jurídicos, como “a aceitação ou recusa do método perante os especialistas”⁵⁵.

É a partir dessa reflexão que DANIEL ASSUMPTÃO ALMEIDA propõe reforma legislativa no sentido de exigir que o perito traga ao processo dados necessários para a aferição de sua capacidade técnica (antes da perícia) e elementos que se refiram à confiabilidade do método empregado (no bojo do laudo pericial), tais como: aceitação acadêmica do método, a realização de testes em torno dele, estatísticas ou

52. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 123.

53. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*. São Paulo: Renovar, 2011, p. 134-135.

54. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 144.

55. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 152.

percentuais de erro e acerto⁵⁶. E a falta de controle da prova pericial, nestes termos propostos, diz o autor, configuraria vício na fundamentação, apto a conduzir à nulidade da sentença judicial⁵⁷.

6. ADMISSIBILIDADE

A prova pericial é adequada quando a demonstração dos fatos implicar exames técnicos e científicos, que dependam de conhecimento que esteja fora do alcance do homem-comum, do homem-médio. É o que se extrai do art. 145 c/c art. 335, ambos do CPC.

A perícia é prova onerosa, complexa e demorada. Por isso, só deve ser admitida quando imprescindível para a elucidação dos fatos. Toda vez que se puder verificar a verdade dos fatos de forma mais simples e menos custosa, a perícia deve ser dispensada.

É o que regulamenta o art. 420, parágrafo único, c/c art. 427, CPC, ao prever que o juiz não deve admitir a perícia, mediante decisão devidamente fundamentada, quando for desnecessária ou impraticável (inviável)⁵⁸.

Mas esse elenco de hipóteses de inadmissibilidade da perícia, previsto no art. 420, parágrafo único, c/c art. 427, não é exaustivo. Arrolam-se, tão-somente, exemplos. Pode, assim, o magistrado indeferir a perícia com base em outros critérios. Ex.: perícia não tem o condão de elucidar o fato sobre o qual vai incidir, sendo, pois, desnecessária⁵⁹.

Será *desnecessária* quando o esclarecimento dos fatos não depender de conhecimento especial ou já tiver sido obtido por outro meio de prova (art. 420, parágrafo único, incisos I e II).

Nesse contexto, Moacyr Amaral Santos faz uma ressalva. Há casos em que a prova do fato não depende obrigatoriamente de perícia, mas ela é aconselhável; o fato pode ser provado por essa via que se revela útil. Assim, a “desnecessidade” não conduzirá à dispensa da perícia se ela for considerada útil pelo julgador⁶⁰.

Há outra hipótese. De acordo com o art. 427, CPC, o juiz poderá dispensar a perícia, por sua desnecessidade, quando autor e réu – na petição inicial e na

56. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 153-154.

57. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A prova pericial no processo civil. O controle da ciência e a escolha do perito*, cit., p. 156.

58. O juiz é livre para determinar a prova pericial. Mas sua liberdade sofre limites, determinados, segundo Mortara, por um sistema da necessidade – que Moacyr Amaral Santos prefere denominar de sistema da utilidade (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 4, 1989, p. 313).

59. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 572 e 573.

60. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4, 1989, p. 314.

contestação, respectivamente – já tiverem trazido pareceres técnicos⁶¹ ou documentos suficientes para a verificação dos fatos. Essa dispensa deve ser cuidadosa e ponderada, pois é de esperar que as partes encomendem pareceres parciais, cuja seriedade este já comprometida.

É o que pode ocorrer, por exemplo, em ação revisional de aluguel em que o juiz pode contentar-se com pareceres técnicos e pesquisas de mercado trazidos pelas partes e dispensar a perícia de avaliação do imóvel (art. 68, Lei n. 8.245/1991)⁶².

A princípio, parece ser mais um caso em que a prova pericial é desnecessária. Entendemos, contudo, que a disposição do art. 427, CPC, é prescindível, visto que a hipótese ali prevista está abrangida pelo art. 420, II – trata-se de caso em que a elucidação do fato já foi obtida por outro meio de prova (documental)⁶³.

Será *impraticável* a perícia quando não for viável (concretizável) em termos científicos. É o que se dá, por exemplo, quando a fonte de prova não mais existir – vestígios e sinais desapareceram –⁶⁴ ou se revele física ou juridicamente inacessível⁶⁵; quando a verificação probatória exigir recursos não disponíveis na ciência (inciso III do parágrafo único do art. 420)⁶⁶ etc.

Imagine-se o caso de uma ação de reparação de dano material verificado em imóvel, em que a perícia se tornou irrealizável, porquanto o lesado já tenha executado as reparações necessárias. “Nessas hipóteses, tem-se admitido a junta de orçamentos fornecidos por empresas idôneas, desde que perfeitamente discriminados os materiais (ou peças) e mão-de-obra empregada”⁶⁷.

No entanto, se no caso concreto o juiz tiver dúvidas sobre a possibilidade de concretização da prova pericial, evidentemente, deverá determinar sua realização – nem que seja para se constatar que, de fato, é impraticável⁶⁸.

61. “(...) o parecer técnico deve servir somente para as questões que podem ser devidamente explicadas por um especialista merecedor de credibilidade. Se o parecer for impugnado de forma fundamentada, e assim colocado em dúvida razoável, o juiz não pode dispensar a prova pericial, pois tem o dever de julgar com base em um laudo técnico idôneo e esclarecedor”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5., t. 2, p. 590.)

62. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 122.

63. Nesse sentido, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, V. 4, p. 219.

64. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 316; LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 122.

65. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 206.

66. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed., v. 3, p. 586 e 588.

67. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 122.

68. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, p. 572; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 206.

Não é correto afirmar que não se admite prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. O art. 35 da Lei Federal n. 9.099/1995 prescreve que “quando a prova do fato exigir, o Juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico”. O procedimento da perícia é, sem dúvida, mais simples, consistindo na inquirição direta do profissional, mas isso não significa que não se admite a perícia.

7. PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL

A prova pericial poderá ser determinada de ofício pelo juiz (art. 130, CPC) ou requerida pelas partes.

O *requerimento* de prova pericial, em regra, será formulado pelas partes na fase postulatória, na petição inicial ou na contestação. No entanto, diante de fato novo ou de algum incidente processual – como, por exemplo, a arguição de falsidade documental (art. 392, CPC) –, poderá ser formulado em outra oportunidade. No procedimento sumário, a perícia deve ser requerida na petição inicial ou contestação, sob pena de preclusão (art. 276 do CPC).

Na verdade, na petição inicial e na contestação, autor e réu costumam requerer genericamente a produção de todas as provas admitidas em lei.

É na audiência preliminar ou no *despacho saneador* (art. 331, CPC), que o juiz fixa os pontos controvertidos da causa e, sendo requerida a perícia, faz um juízo de admissibilidade da prova pericial, definindo se será cabível ou não.

Deferida a produção de prova pericial, o juiz deve *nomear um expert* de sua confiança, fixando um prazo para a entrega do laudo pericial (art. 421, CPC), que deve findar até o *vigésimo* dia anterior à data da audiência de instrução e julgamento (art. 433, CPC).

Note que se trata de prazo regressivo, começando a fluir no primeiro dia útil anterior ao da data da audiência e sempre terminando em dia igualmente útil⁶⁹. “A contagem regressiva obedece aos mesmos critérios determinados para a contagem progressiva, com a peculiaridade, que a singulariza, de ser feita em marcha-a-ré e não à frente”⁷⁰.

As partes devem ser intimadas da decisão de nomeação do perito para que, no prazo de 05 (cinco) dias, indiquem seus *assistentes técnicos* e formulem *quesitos* (perguntas). As perguntas devem ser pertinentes e relevantes, relacionando-se

69. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 538. Sobre o tema, amplamente, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 77-81.

70. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1984, v. 4, t. 2, p. 78.

com a causa e com as questões a serem provadas, sob pena de indeferimento (art. 426, CPC). Os quesitos serão respondidos pelo perito (art. 421, §1º, CPC). Nada impede que se formulem perguntas aos assistentes técnicos relacionadas aos seus respectivos laudos.

Neste sentido, é a regra do §3º do art. 159 do CPP, inserida pela Lei n. 11.690/2008: “Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”.

Também a propósito do tema é o inciso II do § 5º do mesmo art. 159 do CPP: “§ 5o Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência”.

Esse prazo não é preclusivo, segundo entendimento que tem prevalecido na jurisprudência do STJ⁷¹. Assim, as partes podem indicar seus assistentes técnicos e formular questionário até o momento do início da realização da perícia⁷².

O juiz também pode formular quesitos que entender necessários para a elucidação dos fatos (art. 426, CPC).

No curso da perícia, as partes – e também o juiz⁷³ – podem formular os chamados *quesitos suplementares*, para que o perito possa mais bem esclarecer os fatos (art. 425, CPC). Tais quesitos devem referir-se ao objeto primitivo da perícia.

Nesse contexto, emerge uma questão: a parte que não formulou inicialmente quesitos pode, posteriormente, formular quesitos suplementares? A resposta é afirmativa, desde que sejam pertinentes – assim entendidos como aqueles que não poderiam ser imaginados e formulados inicialmente. Isso porque, a parte,

71. STJ, 1ª T., REsp n. 639.257/MT, Relator Min. Luiz Fux, j. Em 13.12.2005, acórdão publicado no DJ de 13.02.2006, p. 667: “É cediço na Corte que: ‘A corrente dominante nos tribunais firmou-se no sentido de que é possível a indicação de assistente técnico e formulação de quesitos, para a realização da perícia, além do quinquídio do artigo 421, parág. 1º, do Código de Processo Civil, desde que não haja principiado a diligência nem prestado compromisso o louvado do juízo.’ (REsp 19.282-0/SP, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 18.05.1992); ‘Não é peremptório o prazo de que trata o § 1º do art. 421 do CPC, permitida a sua aplicação desde que o processo continue na mesma fase (...)’ (REsp 6.269-0/CE, Rel. Min. César Rocha, DJ 16.08.1993)”. A despeito disso, não tem sido admitida a substituição de assistente já indicado e intimado (sem recusar o encargo), salvo por motivo de força maior (REsp 45.491-SP, DJ 14/4/1997 e o mais recente REsp 655.363-SC, julgado em 4/12/2008).

72. Com este entendimento, SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 287. Marinoni e Arenhart, com opinião distinta, entendem que o prazo é preclusivo, mas a parte que não indicou assistente técnico ou não formulou quesitos não perde o direito de participar ativamente da formação da prova pericial, inclusive, apresentando seus quesitos no curso do procedimento (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 577 e 578).

73. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 586.

ainda que inerte na fase inicial, tem o direito de participar das fases posteriores de formação da prova⁷⁴.

Mas os quesitos devem ser apresentados durante a diligência, antes da finalização da perícia, devendo a parte adversária ser intimada para deles ter ciência (art. 425, CPC).

Para a realização da perícia, perito e assistente técnico devem lançar mão de todos os *meios de coleta de elementos e dados necessários* para o desenvolvimento de seu raciocínio – como ouvir testemunhas, solicitar documentos em poder de outrem (parte ou poder público), obter informações.

A oitiva de *testemunha* pelo perito em muito difere da prova testemunhal, pois não se dá perante o juízo. Não é por outra razão que os doutrinadores defendem que o perito deve comunicar às partes e seus assistentes o dia, hora e local em que ouvirá as testemunhas, bem como a qualificação delas, para o caso de uma das partes pretender ouvi-las, formalmente, em mesa de audiência⁷⁵.

Pelos mesmos motivos – transparência e contraditório –, o especialista deve registrar como, onde e de que forma obteve as *informações e documentos* utilizados para elaboração do laudo⁷⁶.

Todos os elementos e dados levantados devem acompanhar o laudo pericial – como plantas, fotografias, desenhos etc (art. 429, CPC) –, para fundamentar suas conclusões.

“Perceba-se, porém, que o art. 429 trata, ao mesmo tempo, das necessidades de *ouvir, obter e solicitar* e da simples necessidade de *instruir* ‘com plantas, desenhos, fotografias e quaisquer peças’. No primeiro caso, é imprescindível ouvir, obter e solicitar para *formar raciocínio dirigido ao resultado da perícia*, ao passo que, no segundo, é preciso *instruir com elementos de justificação das conclusões*. Melhor explicando: em uma hipótese é preciso ouvir – por exemplo – para *compreender e elaborar*, enquanto que, na outra, a planta ou o desenho – também por exemplo – são elementos que *devem justificar o raciocínio ou a formação das conclusões*”.⁷⁷

E mais.

74. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 586.

75. Se as testemunhas se negarem a prestar informações para o perito ou assistente, podem eles requerer sua intimação para que sejam ouvidas em juízo (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 333; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 221).

76. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 593.

77. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 592.

O art. 431-A, inserido pela Lei n. 10.358/2001, que será comentado mais detidamente no item seguinte –, impõe que se informem às partes a data e o local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova. É indispensável que se garanta o contraditório no procedimento de produção da prova pericial. O resultado da perícia só será constitucionalmente legítimo, quando as partes e seus assistentes tiverem participado da sua formação.

O CPP (art. 159) não exige que se informe às partes a data e local designados para a produção da prova. Ao revés, diz, no §4º deste artigo, que o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e “após a conclusão dos exames e elaboração do laudo” pelos peritos oficiais. A despeito disso, o § 6º do mesmo artigo assegura às partes e a seus assistentes o direito de conservação e acesso do objeto da perícia: “Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação”.

O laudo pericial deve ser apresentado no *prazo* fixado pelo juiz, sob pena de incorrer o perito em falta grave, cujas consequências já foram vistas. O perito poderá, contudo, solicitar uma *prorrogação do prazo*, sob o argumento da superveniência de algum motivo legítimo – que deve ser uma razão relevante, séria e suficiente para impedir o cumprimento tempestivo do encargo (ex.: enfermidade). Sua solicitação deve ser, pois, justificada e poderá ser acolhida pelo juiz, por uma única vez, de acordo com o seu prudente arbítrio (art. 432, CPC).

Apresentado o laudo, os assistentes técnicos terão o prazo comum de 10 (dez) dias para oferecer seus pareceres técnicos (art. 433, parágrafo único, CPC)⁷⁸.

O art. 433, par. ún., também foi alterado pela Lei n. 10.358/2001.

Com isso, corrige-se equívoco que vinha prejudicando as partes: pelo antigo regramento, os assistentes técnicos deviam apresentar seus pareceres no prazo comum de dez dias da juntada do laudo, independentemente de intimação (art. 433, parágrafo único, do CPC). Com efeito, os advogados tinham de ficar diligenciando, dia a dia, os feitos, sob seu patrocínio, em que havia perícia, pois o prazo era preclusivo e sem intimação. Ocorria, muita vez, que a parte só tomava conhecimento da entrega do laudo no momento em que fosse intimada para manifestar-se sobre ele, quase sempre após o decurso do prazo para a entrega do parecer técnico. De acordo com a inovação, determina-se a obrigatoriedade de intimação das partes para que esse prazo, ainda comum, comece a correr. Acolheu-se, em parte, a sugestão de CARLOS ALBERTO CARMONA⁷⁹.

78. Até para que as partes tenham tempo de avaliar se solicitarão, ou não, esclarecimentos sobre o laudo ou o parecer técnico em mesa de audiência (art. 435, CPC).

79. CARMONA, Carlos Alberto. “A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 548.

Mesmo que haja *litisconsortes* com advogados distintos ou assistentes técnicos distintos, o prazo continua sendo comum e de dez dias. Não há duplicação. Não se aplica o art. 191, CPC.

Isso porque, o art. 191 prevê dobra do prazo para o advogado “falar nos autos”. Sucede que, no caso em tela, o advogado não “fala”, mas, sim, limita-se a juntar o parecer técnico a ser elaborado pelo assistente técnico. A rigor, é o consultor técnico que “fala”.

Para os litisconsortes com assistentes técnicos distintos também não se justifica, pois cada um deles (assistentes técnicos) teve a oportunidade de acompanhar, passo a passo, o procedimento pericial e examinar, assim como o perito, o substrato fático da perícia (art. 431-A, CPC), não havendo razão de ser para ampliação do prazo. Demais disso, não há dispositivo de lei admitindo essa possibilidade⁸⁰.

Mas, por outras razões, esse prazo para manifestação dos assistentes técnicos nem sempre bastará. Quando o objeto da perícia for mais complexo – ex.: análise contábil de levantamentos e demonstrativos numerosos e antigos –, será necessário mais tempo para uma inspeção e avaliação apurada do assistente técnico. Assim, JOÃO BATISTA LOPES propõe, *de lege ferenda* que “seja facultado ao juiz dilatá-lo, quando o caso exigir”⁸¹. Não há necessidade de alteração legislativa, porém, pois, como visto no v. I deste *Curso*, o magistrado pode, diante das particularidades do caso concreto, e desde que respeitando o contraditório, adaptar a regra procedimental em homenagem ao princípio da adequação, conteúdo do direito fundamental ao devido processo legal.

Não satisfeitas com o resultado registrado no laudo pericial ou no parecer do assistente técnico, restando dúvidas ou questionamentos, as partes podem solicitar ao juiz que perito e assistentes prestem *esclarecimentos*, pessoalmente, no curso da audiência de instrução e julgamento – sendo que os quesitos a serem respondidos devem ser, desde então, formulados (art. 435, CPC). Também estão legitimados a fazê-lo o juiz, o Ministério Público ou assistente simples⁸², que é parte, como visto.

Esse requerimento de prestação de *esclarecimentos* deve ser formulado por escrito. Na mesma oportunidade, a parte já deve trazer suas indagações (novos quesitos) também sob a forma escrita. Tais perguntas devem estar relacionadas

80. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 599 e 600.

81. LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 123.

82. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 603. O art. 267, CPC/39, admitia expressamente a possibilidade de o juiz pedir esclarecimentos.

com o questionário inicialmente apresentado, devem ter por fim a elucidação de respostas já dadas, sob pena de serem indeferidas pelo magistrado – em razão de sua impertinência (art. 426, CPC).

O perito e o assistente técnico só serão obrigados a respondê-las quando intimados das perguntas, ao menos cinco dias antes da audiência de instrução (art. 435, parágrafo único, CPC). A exigência se impõe para que os *experts* do juízo e das partes tenham tempo hábil para analisar as indagações, consultar dados coletados e aclarar, enfim, as dúvidas suscitadas.

Os esclarecimentos, em regra, virão oralmente, no curso da audiência, seguindo o mesmo regime de inquirição de testemunhas. Mas nada impede que sejam apresentados por escrito. A Lei n. 11.690/2008 inseriu no art. 159, §5º, I, CPP, possibilidade semelhante (pedido de esclarecimentos), dispondo que a parte pode requerer: “a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar”. É de notar a previsão expressa da possibilidade dos esclarecimentos serem prestados por escrito, em laudo complementar. Além disso, o prazo mínimo de antecedência para envio das questões e quesitos a serem esclarecidos é maior – no caso, dez dias.

Cabe constatar que toda perícia pode concluir-se em mesa de audiência, com esse contato oral e imediato entre os sujeitos envolvidos.

Existe outra possibilidade. Pode o juiz, já em mesa de audiência de instrução e julgamento, sentir a necessidade de solicitar esclarecimentos ao perito ou aos assistentes. Nada impede que determine a sua intimação e designe nova assentada.

Admite o legislador que, quando a natureza do fato probando permitir, a perícia possa ser simplificada (art. 421, §2º, CPC). A *perícia simplificada* reduz-se à inquirição do perito e dos assistentes técnicos, na audiência de instrução e julgamento, sobre as coisas que tenham informalmente examinado ou avaliado. Trata-se de regra também prevista na Lei dos Juizados Especiais (art. 35 da Lei Federal n. 9.099/1995).

O que ocorre, em tais casos, é a substituição de todo procedimento de produção de prova pericial, pelo depoimento do perito e dos assistentes. Mas não se dispensa que o depoimento dos especialistas seja aprofundado – na sua análise dos fatos, na aplicação dos seus conhecimentos e na forma de sua inquirição⁸³.

83. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 579.

Cabe a perícia simplificada, quando a constatação do fato for simples. Isso ocorre, basicamente, em duas hipóteses: *i)* o especialista presenciou fato, cuja percepção técnica e demonstração são simples; *ii)* o especialista não presenciou o fato, foi dele informado, mas seu depoimento é o bastante para explicá-lo e interpretá-lo em termos técnicos⁸⁴.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, seria um caso autêntico de prova testemunhal técnica, prevista no direito norte-americano.

Além disso, o autor, asseverando que o legislador pautou-se na experiência da perícia nos Juizados (art. 35, da Lei de Juizados), defende que “o poder de convicção da perícia informal será avaliado pelo juiz, ao qual é permitido determinar outra se não se convencer da primeira, nas mesmas situações em que determinaria a segunda perícia nos casos ordinários (arts. 436-439); o poder de direção probatória do processo (art. 130) autoriza-o também a fazer realizar a *perícia formal* quando perceber que pelo caminho informal não se chegará a conclusões satisfatórias”⁸⁵.

Quando a prova pericial tiver de ser realizada *em local diverso* (comarca, país ou juízo) daquele em que tramita o feito, o juiz deverá determinar a *expedição de carta* precatória, rogatória ou de ordem⁸⁶, a depender do caso, e poderá, ao seu critério, delegar ao juízo deprecado as diligências de nomeação do perito e intimação das partes para indicarem seus assistentes técnicos (art. 428, CPC)⁸⁷. O desejo da norma é evidente: “ao viabilizar a nomeação de perito e indicação de assistentes técnicos residentes no local da perícia, objetiva facilitar a sua produção e torná-la mais acessível economicamente”⁸⁸.

No regime anterior, não existia norma que regulamentasse o assunto. Dai, a doutrina prevalecentemente defendia a realização da perícia no juízo deprecante, pois é ele o juízo da causa e lá se realizará audiência de instrução e julgamento, em que, eventualmente, prestarão esclarecimentos perito e assistentes. Mas não se negava a possibilidade de, mediante acordo da parte e do juiz, fosse realizada a louvação no juízo deprecado⁸⁹.

84. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 579.

85. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., v. 3, p. 586 e 597.

86. No entendimento de Marinoni e Arenhart a norma fala em ‘carta’, que poderá ser precatória, rogatória ou de ordem (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 591).

87. Nesse sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 4, 1989, p. 331. Ovidio Baptista dá a entender que, a seu ver, tais diligências (nomeação de perito e indicação de assistente) sempre deverão ser realizadas no juízo deprecado (SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 7 ed., v. 1, p. 368).

88. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, p. 591.

89. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 296.

8. CONTRADITÓRIO

Como já dito, no art. 431-A, introduzido pela Lei n. 10.358/2001, há a previsão de informação às partes da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova. Corrige-se um equívoco.

O art. 427, pré-reforma de 1992 (Lei n. 8.455/1992), previa que o magistrado, ao designar a perícia, deveria determinar o dia, a hora e o local em que teria início a diligência (inciso I), além do prazo para a entrega do laudo (inciso II). Foi totalmente modificado este artigo, para regular a possibilidade de dispensa da prova pericial.

O art. 433, revisado em 1992 (Lei n. 8.455/1992), prescreve que o juiz deve assinar prazo para a entrega do laudo. Havia, portanto, uma lacuna (proposital ou involuntária, não se sabe): as partes não eram intimadas do início das diligências e, assim, não as acompanhavam. Era grave omissão.

O CPC/39 silenciava, também, sobre o início das diligências periciais. Conferia-se ao perito ampla liberdade quanto ao início das operações, pois acreditavam os juizes que, com a fixação do termo final, o tempo do processo estaria resguardado. AMARAL SANTOS criticava essa postura, pugnando pela fixação do *dies a quo* da perícia, devendo ser notificados as partes, o perito e os assistentes técnicos. Afirmava, não sem razão, que “reinava, assim, nesse regime, a maior anarquia na prática forense”⁹⁰. O CPC/73 corrigira a omissão no art. 427, I. O silêncio, entretanto, com a primeira reforma (de 1992), retornara.

MONIZ DE ARAGÃO criticou, com muita veemência, a alteração de 1992, no particular. Banida a colegialidade da prova pericial, esta passou a ser realizada apenas pelo perito, cabendo aos assistentes, tão-somente, oferecer pareceres à parte (art. 433, parágrafo único). A possibilidade de o assistente participar da perícia restringia-se à hipótese de um convite do auxiliar do juízo. E perguntava o professor do Paraná:

“Como, então, o assistente emitir ‘parecer’ sobre o laudo, se não presenciou os trabalhos de que ele resulta? Como poderá o assistente opinar sem ter podido analisar livros e documentos contábeis? Como emitir parecer sobre medidas e quantidades que não pôde verificar?”⁹¹.

Mas não era só; havia também desrespeito ao princípio do contraditório, em sua variante relacionada ao direito à prova.

90. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, p. 329-330.

91. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), cit., p. 233-49. Nesse sentido, ao que parece, o posicionamento de CARMONA, Carlos Alberto. “A prova pericial e a alteração do Código de Processo Civil”. cit., p. 547.

Sem a intimação das partes a respeito da data de realização da perícia, não poderiam participar do procedimento de sua produção; sua manifestação ulterior seria apenas sobre o produto (laudo), não podendo os assistentes técnicos opinar sobre a conduta do perito na realização da análise. Violava-se frontalmente a garantia do contraditório, pois um ato do processo relativo à prova era feito às escondidas.

Agora, pois, cabe ao juiz intimar as partes do dia de início das diligências, determinado por ele ou designado pelo perito, para que possam enviar os seus assistentes, que fiscalizarão a realização da perícia. Cabe salientar, como bem apontou Salomão Viana⁹², que o próprio perito poderá providenciar a comunicação às partes, por qualquer meio idôneo, da data do início dos trabalhos; aliás, como já poderia fazer por força do art. 429 do CPC.

9. AVALIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE “SEGUNDA PERÍCIA” OU “OUTRA PERÍCIA”

Admitida e realizada a perícia, cabe ao juiz avaliar seu resultado⁹³.

De acordo com o art. 436, CPC, o juiz não fica adstrito às considerações do perito. Poderá desprezar o laudo e fundar seu julgamento em outras provas, desde que seu convencimento seja devidamente motivado. Pode arguir, por exemplo, que o laudo foi inconsistente, incoerente, insuficiente na técnica utilizada etc.⁹⁴

Sabendo-se que o juiz-médio pode ser dotado não só de experiência comum, como também de experiência técnica – noções sobre um campo técnico ou científico –, é possível que tenha aptidão para questionar as conclusões do laudo e, com base nisso, desconsiderá-las em sua decisão.

Prevalece, como visto, o princípio do livre convencimento motivado (art. 131, CPC).

Se o juiz verificar que o resultado da primeira perícia foi *insuficiente*, por não ter exaurido o exame técnico dos fatos probantes, omitindo-se quanto a algum ponto, ou *inexato*, obscuro/impreciso com relação a algum dado ou elemento, pode determinar a realização de uma segunda perícia (art. 437, CPC), de ofício, a requerimento das partes ou do MP.

92. Em debate realizado no Curso de Pós-Graduação na Faculdade Jorge Amado, Salvador, em abril de 2002.

93. Deve o magistrado analisar a autoridade científica dos autores do laudo e dos pareceres, sua idoneidade moral, a aceitação dos métodos e instrumentos científicos empregados no seu meio profissional, a coerência de seus argumentos e de sua conclusão etc. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 228).

94. Trata-se de regra antiga. Foi incorporada por todos os códigos estaduais e pelo art. 258, CPC/39 (SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 301).

A *segunda perícia* não é outra perícia sobre outros fatos. Deverá recair sobre os mesmos fatos da primeira e atender às mesmas finalidades por ela visadas. É realizada, tão-somente, com o objetivo de corrigir eventual omissão ou inexatidão no resultado alcançado na perícia anterior (art. 438, CPC).

Caso o juiz repute essencial para o bom resultado da segunda perícia, poderá ampliar o assunto que foi objeto da primeira. É possível, pois, que a segunda perícia assuma esse caráter complementar⁹⁵.

Mas as regras da segunda perícia são as mesmas estabelecidas para a primeira (art. 439, CPC). Não se deve alterar o local da perícia, o prazo para entrega do laudo, o questionário apresentado pelo juiz e pelas partes etc., salvo expressa autorização judicial.

Mas o perito não deve ser o mesmo – afinal, a diligência anterior não satisfaz⁹⁶. Nesse sentido, há regra expressa no CPC Português, no art. 421.

Esse segundo procedimento pericial só deve ser instaurado se o juiz exaurir todas as possibilidades de corrigir defeitos e falhas no laudo resultante do primeiro – por iniciativa das partes (art. 435, CPC) ou do próprio juiz. Deve-se prezar pela economia processual, não se admitindo desperdícios, isto é, atividades processuais inúteis ou desnecessárias.

A segunda perícia não substitui nem invalida a primeira perícia. Pelas mesmas razões já expostas (princípio do livro convencimento motivado), o juiz também não fica adstrito ao resultado da segunda perícia. O juiz deverá avaliar ambas – primeira e segunda perícia – livremente, mas sempre de forma fundamentada (art. 439, parágrafo único, CPC).

E se a segunda perícia também contiver inexatidões ou omissões, é possível uma terceira perícia? Doutrinadores mais antigos admitem-na, em casos excepcionais, quando extremamente necessária. Isso porque o CPC/39, no seu art. 258, falava em “nova perícia” e, não, em “segunda perícia”.

Já o nosso CPC/73 faz referência expressa à possibilidade de uma “segunda perícia” (art. 438, CPC) – e, não, “nova perícia”, expressão mais abrangente –, omitindo-se quanto à possibilidade de uma “terceira perícia”. Essa opção provavelmente advém da consciência de que uma diligência pericial já é bastante complexa, demorada e custosa, imagine-se três!⁹⁷

95. SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*, p. 304.

96. Com opinião diversa, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 230.

97. Não admitindo a terceira perícia, SILVA, João Carlos Pestana de. *As provas no civil*. 2003, p. 305; SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 350.

Convém não baralhar a *segunda perícia* com *outra perícia*. Enquanto aquela incide sobre os mesmos fatos, detendo o mesmo objetivo, essa recai sobre fatos distintos ou revela objetivo distinto.

Existe a possibilidade de finda uma perícia, o juiz determinar *outra perícia*, quando se fizer necessário para a elucidação de fato de relevo para a causa – não com base no art. 438, CPC, mas sim no seu poder instrutório, consagrado no art. 130 do CPC⁹⁸.

10. DESPESAS

Sobre os custos da perícia, o art. 33, CPC, estipula que: *i)* cada parte deverá arcar com a *remuneração do assistente técnico* que assisti-la; *ii)* a parte que requerer a perícia deverá antecipar os *honorários do perito*; *iii)* o autor deverá antecipar os *honorários do perito*, quando a perícia for requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo juiz.

A *parte beneficiária da justiça gratuita* está isenta de custas e despesas processuais, inclusive as despesas relacionadas à perícia.

Ademais de configurar expressa disposição da Lei de Assistência Judiciária (LAJ, Lei Federal n. 1.060/1950, art. 3º, V), é uma obrigação do perito, tal como impõem os arts. 339 do CPC e 14 da LAJ, colaborar com o Poder Público no descobrimento da verdade. Nesta condição, o *expert*, bem como qualquer outro particular convocado pelo Judiciário, exerce um *munus* público e deverá aguardar pelo fim do processo para que possa receber seus honorários, que serão pagos pelo não-beneficiário, se vencido, ou pelo Estado, se vencido for o beneficiário⁹⁹.

Também essa é a opinião de AUGUSTO MARCACINI: “Por princípio, entendemos que todos, sem exceção, têm o dever de colaborar com a Justiça. Neste sentido, como regras expressas, temos a obrigatoriedade de comparecimento das testemunhas, bem como a obrigatoriedade de exibição de documento por terceiro. Ao advogado, a lei impõe o dever de prestar assistência jurídica, quando necessário. Constitui infração disciplinar ‘recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensora Pública’. Ao perito não cabe tratamento diverso. As funções de perito judicial, a rigor, deveriam ser exercidas pelo Estado, por órgãos seus. Normalmente, a prática demonstra que aquele que exerce a função de perito judicial o faz com certa frequência, na medida em que é profissional da confiança do Juiz. Assim, conclui-se que, exercida a função com frequência, e recebendo por ela nos demais casos, tem o perito o dever de prestar

98. Considerando a possibilidade de realização de outra perícia. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4, p. 352.

99. DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. 3a ed. Salvador: Edições JusPO-DIVM, 2008, p. 09 e 10.

seus serviços gratuitamente num primeiro momento, se a perícia for requerida por beneficiário da gratuidade. A final, poderá o perito ter seus honorários e despesas pagos, conforme o caso, pela parte contrária vencida, ou pelo Estado, se vencido o beneficiário, conforme exposto adiante. O que não se pode é deixar de realizar a perícia, ou exigir o adiantamento da parte contrária, que não requereu perícia, e, portanto, não tem o ônus de antecipação das despesas a ela relativas”¹⁰⁰.

ARAKEN DE ASSIS entende que o *expert*, em casos tais, não é obrigado a trabalhar de graça, nem a suportar eventuais despesas inerentes à prova, mas reconhece que, diante da inegável isenção do beneficiário, caberá ao não-beneficiário, se vencido ao fim da demanda, ou ao Estado, a quem incumbe a prestação da assistência jurídica integral, o respectivo pagamento¹⁰¹.

Há quem diga, como CÂNDIDO DINAMARCO, que o perito *não* estaria obrigado a trabalhar de graça e, por isso, mesmo o beneficiário, quando fizesse requerimento de produção deste tipo de prova, deveria adiantar todas despesas, inclusive honorários¹⁰².

Já MARINONI e ARENHART entendem que compete ao Estado arcar com a remuneração do especialista, em sendo recomendável que o juiz escolha o perito dentre os servidores públicos, vinculados às entidades que atuem especificamente na área da perícia¹⁰³.

A Lei Federal n. 10.317, de 06 de dezembro de 2001, determinou a inclusão, no rol do art. 3º da LAJ, das despesas com a realização do exame de código genético – DNA, que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. Com isso, o beneficiário da justiça gratuita, também aqui, estará isento de adiantar o numerário correspondente à realização desse importante exame para o julgamento das demandas investigatórias de filiação. Embora já se pudesse retirar esta isenção do próprio inciso V, agora o legislador dirimiu quaisquer dúvidas que porventura ainda existissem, incluindo o exame genético no âmbito da gratuidade judiciária.

O Estado, a quem cumpre prestar a assistência jurídica integral, deve criar um fundo destinado ao custeio das despesas advindas de processos em que litigam beneficiários da gratuidade judiciária. Mesmo, porém, que inexistia este fundo ou mesmo que não haja previsão orçamentária, deverá o Estado arcar com o custo

100. MARCACINI, Augusto Rosa Tavares. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 41-42.

101. O autor afirma que “em alguns Estados, o Judiciário dispõe de verba orçamentária específica e o juiz da causa requisitará o pagamento, na maneira estipulada pelos regulamentos locais. Fora dessa hipótese, não se dispondo a parte desobrigada a adiantar os honorários, voluntariamente, resta aguardar o oportuno pagamento do precatório ou a altruística colaboração do perito” (ASSIS, Araken de. “Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 79-80).

102. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 2, p. 678-679.

103. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 580.

do exame. Não vemos nenhum problema em que, acaso não disponha o Estado do fundo de reserva próprio ou não haja feito a necessária dotação orçamentária, se imponha ao laboratório designado, ainda que seja entidade privada com fins lucrativos, a realização do exame, independentemente de antecipação. Ao final do processo, tal como se deve proceder com o perito judicial, caberá ao Estado remunerá-lo, acaso vencido o beneficiário, ou à outra parte, se sucumbente¹⁰⁴.

O CPC não estabelece um procedimento para *fixação dos honorários periciais*. Na prática forense, observa-se que esse arbitramento se dá previamente, antes mesmo da nomeação do perito. Requerida a prova pericial, antes de mais nada, o juiz deve consultar o especialista de sua confiança para que ofereça uma proposta de honorários periciais – levando em conta a complexidade e o objeto da perícia. As partes serão ouvidas. Concordando, prevalece o valor sugerido pelo perito; discordando, uma delas que seja, cabe ao juiz estipular um valor razoável, que atenda minimamente aos interesses de todos os envolvidos – partes e perito.¹⁰⁵

O juiz pode arbitrar *honorários provisórios* – que custeiem apenas parte da remuneração, em valor a ser reavaliado após a entrega do laudo – ou *honorários definitivos* – que arquem com toda a sua remuneração e não serão revistos. Não se aconselha que o magistrado se precipite e fixe logo uma remuneração definitiva, pois, em muitos casos, só no curso da perícia se pode apurar a complexidade e extensão do trabalho do perito¹⁰⁶.

O art. 33, parágrafo único, do CPC, dispõe que o juiz poderá determinar o *depósito imediato dos honorários periciais* em conta a ser aberta por ordem do juízo, cujo valor será entregue ao perito após a apresentação do laudo – admitindo que, quando necessário, seja liberada parte do valor, previamente.

É o que normalmente acontece. Antes mesmo do início dos trabalhos do perito, a parte responsável é chamada para depositar em juízo sua remuneração – o que não impede o parcelamento do valor ou o depósito posterior.

104. DIDIER Jr., Fredie, OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2004, p. 10 e 11.

105. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 580-581.

106. “Nem sempre é recomendável, porém, que o juiz arbitre, desde logo, os salários definitivos do perito, uma vez que, em casos mais complexos, só com o tempo se poderá verificar a extensão dos trabalhos periciais. É aconselhável, pois, que o juiz, após a apresentação da estimativa dos salários pelo perito e a audiência das partes, arbitre um valor provisório para cobrir as despesas e parte da remuneração objetivada”. (LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, p. 128.)

MARINONI e ARENHART sustentam que o depósito antecipado não é regra, mas, sim, exceção aplicável aos casos em que se suspeite que o responsável pela remuneração do perito não terá condições de fazê-lo ao cabo da diligência ou naqueles em que a realização da perícia seja deveras custosa – que, de regra, implicará em liberação parcial do depósito para bancar tais despesas¹⁰⁷.

As consequências para o desrespeito à ordem judicial de depósito da remuneração do perito variam a depender do tipo de honorários¹⁰⁸.

Caso a parte responsável não deposite os *honorários provisórios ou definitivos*, arbitrados pelo juiz antes da realização da perícia, deve o juiz dispensar a prova pericial, arcando a parte com as consequências gravosas daí advindas.

Mas se a prova foi determinada de ofício, e o autor – que é o responsável, segundo o art. 33, CPC – não depositar o valor referente à remuneração do perito, o juiz deve aplicar-lhe a multa do art. 14, parágrafo único, CPC, por desacato à ordem judicial, e outras medidas de cunho coercitivo, bem como determinar a realização da perícia, independentemente da efetivação do depósito.

Ao final da demanda, o vencido deverá remunerar o *expert*, sob pena de ser submetido a um processo de execução forçada.

Caso a parte responsável, quando já realizada a perícia e entregue o laudo, não deposite o valor complementar dos honorários provisórios ou todo o valor relativo aos honorários definitivos – cujo depósito não se exigiu previamente –, deve o perito cobrar o *quantum devido pelas vias executivas cabíveis* e o juiz puni-la pelo desrespeito às ordens judiciais (art. 14, parágrafo único, CPC).

107. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, t. 2, p. 580.

108. Sobre o tema, conferir LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*, 1999, p. 129.

CAPÍTULO VII

INSPEÇÃO JUDICIAL

a) O magistrado pode, em qualquer fase do processo (inclusive em instância recursal¹), *inspecionar* pessoalmente pessoas ou coisas (móveis, imóveis e semoventes), a fim de esclarecer-se sobre fato que interesse à decisão da causa (art. 440, CPC). Trata-se da chamada *inspeção judicial*, também conhecida como *inspeção ocular*, *exame judicial* ou *reconhecimento judicial*: “percepção sensorial direta do tribunal sobre qualidades ou circunstâncias corporais de pessoas ou coisas”².

A lei menciona apenas as *pessoas e coisas* como *fontes* da prova por *inspeção judicial*. Sucede que, como visto, também são *fontes* de prova os *fenômenos* (erosão, maré, luar etc.). Nada impede a inspeção judicial de *fenômenos*, seja como prova atípica (art. 332 do CPC), seja a partir de uma interpretação elástica da noção de *coisa*, constante do art. 440 do CPC. O *olor* e o *barulho*, por exemplo, são fenômenos, que obviamente podem ser objeto de uma inspeção judicial.

O que se exige é que a *fonte* da *inspeção* seja perceptível pelos sentidos humanos³.

Embora usualmente denominada de *inspeção ocular*, o *exame judicial* não se restringe à *visão*: as demais percepções sensoriais (auditiva, gustativa, tátil e olfativa) também podem servir a esse meio de prova⁴. “Pode consistir em ter ouvido palavras ou frase, inclusive por telefone, ou gravada, ou o que um papagaio repete por ter aprendido com uma das partes”⁵.

A produção da prova pode ser determinada *ex officio* ou a requerimento da parte. Não é pressuposto da *inspeção judicial* a existência, nos autos, de início de prova do fato. Não se trata de diligência instrutória *ulterior* ou *secundária*.

-
1. Sobre a produção de prova em tribunal, ver o v. 3 deste *Curso*. Admitindo a inspeção judicial em tribunal, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 502; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 235; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 216.
 2. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJE, s/a, t. 2, p. 239.
 3. “Es cierto que, a veces, el reconocimiento puede atender a la apreciación de situaciones psicológicas y mentales, pero en la base está siempre el examen de alguna materialidad, como es la persona humana”. (AROCA, Juan Montero. *La prueba en el Proceso Civil*. 3 ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 324.)
 4. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, t. 2, cit., p. 239; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 212; LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. 1, p. 339; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 393; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 232.
 5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 502.

Pode ser utilizada como prova *principal e única*, se for o caso. O magistrado pode determiná-la em qualquer fase do procedimento, quando reputar útil para a formação do seu convencimento⁶.

É um dos mais importantes meios de prova, embora de escassa utilização na praxe forense. Destacou o ponto Ovídio BAPTISTA DA SILVA: “A inspeção judicial é indiscutivelmente a mais importante, segura e esclarecedora fonte de prova com que o julgador pode contar, e é de lamentar que nossos juízes não a utilizem com maior frequência, preferindo assumir, ante a prova, uma atitude burocrática de servidor público, limitando-se a ordenar que terceiros a realizem e a tragam pronta a seu gabinete. Se os juízes tivessem a consciência do tempo que economizam quando perdem uma manhã, ou todo um dia, para inspecionar, por exemplo, um imóvel litigioso, por certo se valeriam com maior frequência deste instrumento probatório”⁷.

A doutrina costuma dividir a *inspeção judicial* em *direta*, quando feita pelo próprio juiz, ou *indireta*, na qual o perito que assiste o magistrado examina a pessoa ou coisa. Parece que à denominada *inspeção judicial indireta* falta um elemento nuclear do conceito de inspeção: o exame pessoal feito pelo juiz. Assim, consideramo-la como uma *perícia*, embora realizada na presença do magistrado, não vendo utilidade na distinção⁸.

b) O objeto da *inspeção* é uma *pessoa* ou uma *coisa*. A pessoa inspecionada pode ser uma *parte* ou um *terceiro*.

A parte tem o *dever* de submeter-se à inspeção (art. 340, II, CPC)⁹. Há quem reconheça à parte, porém, o direito de não ser inspecionada nos casos do art. 347 do CPC¹⁰⁻¹¹, que a escusam de depor pessoalmente (no mesmo sentido, o art. 229

6. Em sentido diverso, entendendo tratar-se de um *meio de instrução ulterior* à prova do fato já adquirida pelo processo por iniciativa da parte, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 357-359; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 215.

7. *Curso de processo civil*. 5 ed., v. 1, cit., p. 391.

8. Em sentido diverso, distinguindo as figuras, “A essência da distinção deve ser buscada na *forma* como se procede à prova. Se o exame indireto (feito pelo perito) reveste-se da formalidade natural à prova pericial – com elaboração de um laudo, formulação de quesitos etc –, há verdadeira prova pericial. Ao contrário, quando a análise é realizada *imediatamente*, sem a necessidade das formalidades *próprias* à prova pericial, a hipótese será de *inspeção indireta*. Note-se que, na inspeção judicial (direta ou indireta), a característica da prova é a apreciação imediata do fato pelo juiz – ainda que por intermédio da avaliação realizada por um técnico –, enquanto na prova pericial o essencial está na análise técnica realizada”. (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 615.)

9. “Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: (...) II – submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária”.

10. “Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos: I – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados: II – a cujo respeito, por estado ou profissão, devesse guardar sigilo”.

11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611.

do CC¹²). Também se aplicam à inspeção judicial, as regras que excluem o dever de exibir documento ou outra coisa (art. 363 do CPC)¹³.

Ainda quando a parte se recuse sem justo motivo à inspeção, não se pode constrangê-la à força a submeter-se a ela. Esse comportamento, no entanto, pode configurar-se resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV, CPC), além de poder ser considerado um indício que fundamente a presunção judicial do fato que se queria provar¹⁴.

O terceiro, no entanto, somente será submetido à *inspeção* com o seu consentimento¹⁵, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre em relação à *parte*, não há qualquer menção legislativa a esse dever (art. 341, CPC)¹⁶⁻¹⁷.

c) A *inspeção* pode realizar-se na sede do juízo ou fora dela, mas dentro da sua competência territorial. O magistrado irá ao local onde se encontre a pessoa ou coisa, quando: I – julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II – a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III – determinar a reconstituição dos fatos” (art. 442, CPC).

d) Conforme visto no capítulo sobre a teoria geral da prova, a parte tem o direito de participar da *produção* de toda prova que possa ser utilizada com

-
12. “Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; II – a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível, ou amigo íntimo; III – que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato”.
 13. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, t. 2, p. 219; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 75; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3 ed., t. 4, cit., p. 503; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 611.
 14. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 361; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 612; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, t. 2, p. 219.
 15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil Brasileiro*, 23 ed., cit., p. 74; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 4, p. 234. Em sentido diverso, entendendo que há um *dever* do terceiro de submeter-se à inspeção judicial, decorrente do *dever geral de colaboração com a justiça* (art. 339 do CPC), SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5 ed., v. 4, cit., p. 361; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 5 ed., v. 1, cit., p. 392; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5, t. 2, p. 611.
 16. “Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II – exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder”.
 17. Quando se tratar de inspeção sobre o corpo da pessoa, o juiz deverá preservar sua dignidade e intimidade, permitindo que a pessoa inspecionada seja assistida por alguém de sua confiança (amigo ou familiar, por exemplo). (NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção Judicial*. São Paulo: Lcud, 2007, p. 116-117).

fundamento de uma decisão que lhe seja desfavorável. Trata-se de corolário do direito fundamental ao *contraditório*, examinado em uma perspectiva substancial.

Exatamente em razão disso, “as partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa”. (art. 442, par. ún., CPC). No caso de inspeção corporal, hão de ser tomadas providências para respeitar a intimidade e, ao mesmo tempo, garantir o controle da produção das provas pelas partes¹⁸.

Fere de morte a garantia do contraditório a *inspeção judicial* secreta.

e) O magistrado pode ser auxiliado por especialistas, durante a inspeção (art. 441 do CPC). Esses *expertos* submetem-se às regras gerais de impedimento e suspeição¹⁹. Podem as partes, também em homenagem à garantia do contraditório, estar acompanhadas de *assistentes técnicos*, que lhes prestem esclarecimentos de modo a que possam fiscalizar, com mais embasamento, a produção da prova.

f) “Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia”. (art. 443, CPC)

É importante perceber o seguinte: i) o auto é instrumento *ad substantia* para prova da realização da diligência: sem o *auto*, reputa-se inexistente a inspeção judicial²⁰; ii) “o que não constar do auto não poderá servir para fundamentar a sentença, mesmo porque não é prova ‘constante dos autos’”²¹.

Auto é a designação que se dá à documentação de ato processual praticado fora da sede do juízo (auto de penhora, auto de avaliação etc.). Se a inspeção judicial for realizada na própria sede do juízo, a sua documentação será feita com a lavratura de uma *ata* de audiência.

18. A propósito, ver o art. 260, *fine*, do CPC italiano: “Durante a inspeção corporal, deve-se proceder com toda cautela, a fim de preservar o respeito à pessoa” (tradução livre; no original: “All’ispezione corporale deve precedersi con ogni cautela diretta a garantire il rispetto della persona”).

19. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 613; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5 ed., v. 1, cit., p. 392.

20. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., t. 4, cit., p. 509; MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 618; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1991. t. 2, p. 226, em que cita posicionamento de Carnelutti e da Corte de Cassação italiano também nesse sentido.

21. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. 5, t. 2, cit., p. 618.

CAPÍTULO VIII

AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS

Sunário • 1. Noções gerais. – 2 Ações probatórias “cautelares”. – 3. Antecipação da prova e as ações probatórias autônomas: 3.1. Direito autônomo à prova; 3.2. Produção e valoração da prova antecipada; 3.3 Forma e eficácia da prova antecipada; 3.4. Utilidade e necessidade da prova antecipada. – 4. Mecanismos legais: 4.1. Generalidades; 4.2. Produção antecipada de prova: 4.2.1. Meios de prova. Proposta de atipicidade (art. 332, CPC); 4.2.2. Competência e prevenção. Exegese constitucional (acesso à justiça); 4.2.3. Procedimento; 4.3. Justificação.

1. NOÇÕES GERAIS

No capítulo dedicado à teoria da prova, viu-se que a chamada “instrução probatória” dá-se no curso do processo, em momentos previamente definidos, que se desdobram nas fases de: proposição, admissão, produção e valoração da prova.

Embora não seja comum a lembrança do fato, também há instrução no processo de execução, embora bem limitada, porque limitada é a cognição ali realizada. Limitação não implica, porém, inexistência de atividade instrutória – e a avaliação do bem penhorado, que é uma perícia, demonstra isso com clareza. Sobre o assunto, ver o v. 5 deste *Curso*.

A realização da prova ao longo do processo cognitivo, cujo fim precípua é a certificação do direito material, demonstra uma preocupação do legislador de assegurar, em nosso ordenamento, um procedimento oral, que se caracteriza por:

i) reunir a instrução probatória (oral) em uma só audiência ou em poucas sessões da mesma audiência – a serem realizadas, ao menos em tese, em breves intervalos –, assegurando-se a proximidade temporal entre o momento da prova e o momento da sentença (princípio da concentração, cf. arts. 455 e 457, ambos do CPC);

ii) garantir o contato direto do juiz com partes e fontes de prova (princípio da imediatidade, cf. arts. 344, 346, 410, 435 e 440-443, todos do CPC), permitindo que absorva e apreenda pessoalmente dados e elementos necessários para a formação de sua convicção e fundamentação de sua decisão; e, enfim,

iii) vincular o juiz que coletou a prova ao julgamento da causa, exigindo-se, pois, que aquele que ultimou a audiência de instrução e julgamento, com a produção de prova oral, seja o juiz da sentença, salvo exceções de lei (regra da identidade física, cf. art. 132, CPC) – tratadas no capítulo de competência do v. I deste *Curso*.

Tudo isso, diz-se, para viabilizar o aprimoramento do julgamento do mérito e a consequente certificação (ou não) do direito material.

No entanto, essa pretensa oralidade acaba sendo deixada de lado, em diversas situações, em nome de outros propósitos, tais como economia, celeridade, efetividade. É o que se dá: com a prova coletada pelo juízo deprecado, ordenado ou rogado (que não será o mesmo da sentença); com a prova produzida em outro processo, não raro por outro juízo, e trazida emprestada (em forma de documento); com a prova levantada em sede de ação dita “cautelar” (como aquelas ora analisadas), em momento anterior, possivelmente distante, e quiçá, por juiz distinto; com a prova produzida pelo juízo absolutamente incompetente que só terá seus atos decisórios (e, não, os probatórios) invalidados.

É a possibilidade, amplamente legitimada em nosso ordenamento¹, da prova ser produzida por outro juiz que não aquele constitucionalmente considerado o natural para a prolação da sentença que solucione a causa, bem como em momento anterior e distante daquele reservado para sentenciá-la, que tende a ser ainda mais difundida, com a sustentada admissibilidade de antecipação da prova independente de urgência (do risco de perdê-la) e, notadamente, com as chamadas “ações probatórias autônomas”.

Sim, tem-se falado, em doutrina, na possibilidade de *antecipação da prova*, independentemente de demonstração do perigo da demora (receio de não mais poder produzi-la), admitindo-se seja realizada: i) antes do processo de conhecimento, através das citadas “ações probatórias autônomas”; ou ii) dentro do processo de conhecimento, mas antes da fase prevista para a instrução probatória.

Necessário se faz analisá-la à luz do ordenamento brasileiro.

O objeto deste capítulo é o estudo das ações probatórias – aquelas em que se afirma o direito à produção da prova, que é o seu único propósito.

2. AÇÕES PROBATÓRIAS “CAUTELARES”

No CPC/73, Livro III, dedicado ao Processo Cautelar, há previsão de ações probatórias *cautelares*, que serviriam para assegurar a prova a ser utilizada em processo de conhecimento, diante do risco de se perdê-la com o passar do tempo (ex.: oitiva de testemunha acometida de moléstia grave ou perícia sobre defeito em obra a ser acabada).

São elasa produção antecipada de prova (arts. 846-851) ea justificação (arts. 861-866) – vez que a exibição de coisa e documento (arts. 844-845) já fôra suficientemente abordada no capítulo dedicado à prova documental.

1. Com essas reflexões, NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 499.

No entanto, sua natureza cautelar é no mínimo questionável.

A *justificação* é medida reconhecidamente satisfativa, despida de cautelaridade, por não visar assegurar a prova, mas, só, constituir e documentar prova testemunhal²— o que já sinaliza a possibilidade de antecipação da prova, independentemente do perigo—, tratando-se de típico procedimento de jurisdição voluntária³. O direito à justificação, registre-se, não pressupõe perigo.

Já a *produção antecipada de prova* tem a sua natureza cautelar controvertida, havendo quem a excepcione e, até mesmo, quem defenderia ela essencialmente satisfativa, identificando-se os mais variados posicionamentos.

De um lado, autores, como LUIZ FUX⁴ e NELSON NERY JR.⁵, e alguns julgados de nossos tribunais⁶ defendem que a produção antecipada de provas seria tipicamente cautelar, pressupondo, portanto, o perigo da demora, até porque os arts. 847 e 849, ambos do CPC/73⁷, o exigem.

De outro, há aqueles que sustentam que, independentemente da exigência de perigo, tais ações devem ter preservada a sua cautelaridade. E isso seria possível, como sugere DANIEL ASSUMPCÃO NEVES⁸, a partir de uma leitura ampla do conceito

2. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 348 e 349.
3. Também negando cautelaridade, e dispensando a urgência na justificação, Ovidio Baptista (SILVA, Ovidio A. Baptista de. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 471). Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira dispensam, igualmente, *periculum in mora*, e admitem sua natureza de rito de jurisdição voluntária (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 8, t. 2, p. 311).
4. Falando em cautelaridade, FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1633-1634.
5. Nelson Nery Jr. exige perigo da demora (NERY Jr., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 960).
6. Teotônio Negrão cita julgados nesse sentido: “Quando o fato puder ser apurado no momento processual adequado, não se justifica o pedido de produção antecipada da prova (RT 491/62, 495/71, 602/82, RJTJESP 94/178, 107/295, JTA 100/375, RF 276/191), pois neste caso não há *periculum in mora* a legitimar a medida (RJTJESP 115/117)”. Por outro lado, em nota seguinte, traz julgado que mitiga a exigência de perigo da demora: “A regra do art. 849 do CPC deve ser interpretada ‘*cum grano salis*’, em ordem a não tolher exercício da ação cautelar a quem pretende, sem rígida observância do texto prevenir-se contra situações adversas que por acaso possam surgir (STJ – 4ª T, RESP 50492-SP, rel. Min. Torquato, j. 10.04.95, não conheceram, v.u., DJU 15.05.95, p. 13.408). no mesmo sentido: STJ-RT 792/233; STJ- 4ª T, RESP 271.928-SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 07.12.00, deram provimento, v. u., DJU 12.03.01, p. 147”. (NEGRÃO, Theodoro. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1008, notas 1 (art. 848) e 2 (art. 849).
7. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.
- Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.
8. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 495 e 501.

de “perigo da demora”. Nessa linha, defende-se que essa noção não se refere única e exclusivamente à prova em risco, visando preservá-la; diz respeito, também, àquela cuja produção municipalizará o autor de elementos minimamente necessários para o ajuizamento de uma ação principal admissível (ex.: a indispensável descrição de área reivindicada em petição inicial pode exigir prévia perícia, cf. HUMBERTO THEODORO JR.⁹) ou eventual realização de autocomposição, evitando-se, se for o caso, batalha judicial.

Nas palavras do próprio Daniel Assumpção Neves: “A doutrina, de forma uníssona, entende que o *periculum in mora* das cautelares probatórias diz respeito ao perigo de a prova não poder ser mais produzida, enquanto, para as demais cautelares, esse fenômeno jurídico diz respeito ao perigo que o resultado útil do processo corre em decorrência do tempo. A proposta é redimensionar o conceito de *periculum in mora* para as cautelares probatórias: entende-se também nestas que o fenômeno processual diz respeito ao perigo de ineficácia do resultado final do processo. A prova antecipada, assim, será hipoteticamente necessária a um resultado positivo [isto é, futuro ajuizamento de demanda admissível]; somente esse resultado poderá ser eficaz, de forma que, em última análise, embora de forma hipotética, a produção antecipada de prova também tem a função de garantir um resultado positivo no processo principal, única forma de falar em resultado eficaz e útil”¹⁰.

“[...] Ao aplicar-se esse conceito de *periculum in mora* às ações probatórias autônomas, será possível defender sua natureza cautelarem qualquer hipótese, mesmo quanto for possível a produção da prova posteriormente, porque uma prova favorável sempre funcionará para a obtenção de um resultado positivo, condição *sine qua non* para falar em resultado eficaz”¹¹.

Daí dizer-se que, em casos tais, não há um obstáculo material à futura produção da prova¹², mas, sim, um obstáculo jurídico, pois a própria ação seria inadmissível sem esse prévio levantamento de informações e dados (ex.: perícia sobre autenticidade de escritura ou instrumento público a instruir ação em que é indispensável)¹³. Trata-se de demanda necessária para o futuro ajuizamento de uma

9. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed, São Paulo: Leud, 2005, p. 317.

10. NEVES, Daniel Assumpção de. *Ações Probatórias Autônomas*. cit., p. 495.

11. NEVES, Daniel Assumpção de. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 501.

12. Exemplos: a) o conserto de veículo envolvido em colisão que impede seja posteriormente periciado; b) a entrega à seguradora de automóvel cujo *air bag* não funcionou em choque destrutivo e causador de perda total, o que inviabiliza materialmente futura perícia.

13. É Humberto Theodoro Júnior que propõe essa leitura ampla que abarca, também, obstáculos jurídicos, e é seu, também, o seguinte exemplo: “quem vai propor ação reivindicatória sobre uma gleba de terras rurais deve descrever, desde logo, a área reivindicada com precisão, sob pena de inépcia da inicial ou nulidade do processo. A natureza da ação – que só pode versar sobre corpo certo – impede que a apuração das características da área se faça no curso da instrução do processo. Se o autor não dispõe de dados em seu poder que lhe permitem tal descrição, depara-se, no limiar do feito, com uma *dificuldade* ou mesmo uma *impossibilidade jurídica* de provar requisito básico da reivindicatória, muito embora não houvesse impossibilidade *material* de que a verificação desses dados ocorresse no futuro”. É o que diz a partir de leitura extensiva do art. 849, CPC/73. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. cit., p. 317).

demanda principal minimamente admissível, que tenha, portanto, um resultado que se possa dizer útil e eficaz.

Junto a isso, não se pode deixar de mencionar a opinião de Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no sentido de que, malgrado cautelares, essas ações probatórias podem assumir natureza satisfativa. Para os autores, há casos em que a prova satisfaz e não simplesmente assegura a pretensão do requerente¹⁴.

Já MARINONI e ARENHART, com uma postura diferenciada, entendem só fazer sentido a asseguaração da prova se houver perigo da demora, exigindo-o, mas negam à medida respectiva natureza cautelar, pois “não se destina ela a proteger a tutela de algum direito, nem sequer objetiva assegurar situação jurídica tutelável” e, mais adiante, concluem que “o risco de demora pode frustrar somente o atendimento de direitos processuais (da ação e da defesa), de modo que a ligação da medida de asseguaração de prova não é com o direito material, mas apenas com direitos processuais”¹⁵.

A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas— produção antecipada de provas e justificação —não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado *direito autônomo à prova*¹⁶, *direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária*¹⁷. Essa conclusão serve mesmo

14. Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no que se refere à produção antecipada de prova, a princípio reconhecem genericamente sua natureza cautelar (e administrativa, por só constituir prova). Mas não negam a possibilidade de se revestir de natureza satisfativa: “Aspecto significativo, que de modo nenhum pode ser desconsiderado, concerne à existência de espécies em que não se cogita sequer de segurança de prova, prescindindo-se do requisito do *periculum in mora*. A vistoria será pedida com o só intuito de se apropriar o requerente de dados para conhecimento de determinados fatos ou para aforamento de eventual demanda futura. Nessas hipóteses, como bem se compreende, está afastada a natureza cautelar da medida, à semelhança do que ocorre na exibição de coisa ou de documentos mesmas condições. A vistoria desde logo satisfaz (e não apenas assegura) a pretensão do requerente” (LACERDA, Galeno. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 235-236).
15. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 258-259.
16. YARSHALL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 419. Muito embora Pontes de Miranda diga ser demanda preventiva e cautelar, reconhece a autonomia da pretensão probatória: “As ações de produção antecipada de prova fundam-se em pretensões à produção e assunção da prova, que se separam das respectivas pretensões à cognição e à execução, embora provisionalmente. O cordão umbilical ficou, que é o intuito ‘preventivo’, cautelar” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12, p. 188).
17. Leonardo Greco enxerga procedimentos probatórios de jurisdição voluntária, em que a atividade do juiz é de simples aquisição da prova, tal como na justificação. Já no que se refere à produção antecipada de provas e a exibição de documentos, concorda com Tesheiner (TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição voluntária*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 156 ss.) “terão natureza contenciosa ou voluntária conforme

para quem defenda que, ao menos na produção antecipada de prova, o perigo é pressuposto – o fato de pressupor perigo não é suficiente para tornar o direito afirmado um direito à cautela.

A proposta não é rejeitar o regramento já existente no CPC/73 para essas medidas probatórias ditas equivocadamente “cautelares”. É o caso de aproveitá-lo e aplicá-lo, nos termos da melhor leitura doutrinária e jurisprudencial, inclusive com a dispensa do pressuposto da urgência para autorizar a produção da prova.

É desta forma que se pretende analisar a produção antecipada de provas e a justificação, mas não sem antes discorrer sobre o direito autônomo à prova e as características gerais dessa prova antecipada que o satisfaz.

3. A ANTECIPAÇÃO DA PROVA E AS AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS

3.1. Direito autônomo à prova

Tem-se propugnado em doutrina a possibilidade de antecipação da prova, de forma a que seja realizada: i) antes do processo cognitivo de certificação do direito material – e, pois, por ação probatória *autônoma*; ou ii) antes da fase probatória prevista no processo cognitivo de certificação do direito – mas no seu bojo, *incidentalmente*.

Em isso se admite independentemente da existência de urgência, não pressupondo demonstração do risco de que a prova se perca ao longo do processo com o tempo necessário para se chegar à instrução a *previsão*.

O foco do presente capítulo é a ação probatória *autônoma*. Não visa ela, como visto, oferecer tutela cautelar. Tem por objeto imediato a prestação de tutela jurisdicional tipicamente satisfativa, mais precisamente de certificação e efetivação de um direito à prova, enquanto situação jurídica que confere a alguém o poder de buscar e acessar a prova, constituindo-a em juízo.

Isso pode revelar-se indispensável, por exemplo, para que a parte, devidamente informada sobre fatos que circundam situação jurídica por ela vivida, tenha condições de avaliar suas chances de êxito em eventual processo de certificação de direito material, e adote, conscientemente, a postura que lhe parecer mais adequada: i) seja com a instauração do processo de cognitivo, visando discutir o direito material; ii) seja com o prosseguimento do processo cognitivo já

o processo principal a que sirvam tenha uma natureza ou outra natureza” (GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 28).

instaurado; iii) seja, simplesmente, empreendendo esforços para chegar a uma autocomposição¹⁸.

Imagine-se que o síndico de dado condomínio edilício, ao conduzir obras na área comum, tem dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços de esgoto por empresa pública estatal, que vêm sendo remunerados pelo pagamento da taxa respectiva nos últimos dez anos. Seria perfeitamente possível o ajuizamento de ação probatória autônoma no intuito de realizar-se uma perícia antecipada, verificando se os ditos serviços de esgoto são ou não prestados. Assim, o condomínio teria os dados e informações necessárias para resolver conscientemente se exerce ou não a pretensão respectiva, judicial ou extrajudicialmente.

O destaque seriam as prerrogativas de busca e obtenção da prova e seu nexo com a análise das partes de suas perspectivas de vitória em uma *possível* batalha judicial em torno do direito material a ser evidenciado. A prova produzida não serviria, necessariamente, de fundamento para julgamento de um outro direito, cujos fatos se buscam provar. É essa separação entre o direito à prova e o direito cujos fatos se pretende provar que confere ao primeiro boa dose de autonomia. Poder-se-ia falar em um “direito à investigação”¹⁹, que muito se assemelha, a propósito, àquele exercido pelo Ministério Público em sede de inquérito civil (malgrado seja este procedimento administrativo e não jurisdicional – sobre o inquérito civil, v. o v. 4 deste *Curso*).

Assim, impõe-se uma revisão da lição tradicional de que o destinatário principal da prova é o juiz, conforme, aliás, foi visto no capítulo sobre a Teoria da Prova. Também a parte é destinatária da prova, ao menos em casos tais²⁰. Note que a prova poderá ser valorada apenas pela parte, que decidirá qual providência tomar; se não ajuizar ação futura, a prova não será valorada pelo órgão jurisdicional²¹.

É por isso que, no capítulo sobre Teoria da Prova, deu-se destaque ao direito autônomo à prova como corolário do princípio do contraditório. Recomenda-se que a releitura deste item, que tratamos do assunto.

18. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 210-212.

19. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 211-212.

20. E a parte interessada é a titular dessa pretensão probatória. Mesmo quando o juiz determina a produção antecipada da prova de ofício é para instruir processo cognitivo, no exercício de poderes instrutórios que lhe são conferidos por lei (art. 130, CPC), não sendo, jamais, titular de uma pretensão probatória (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 190).

21. E a parte interessada é a titular dessa pretensão probatória. Mesmo quando o juiz determina a produção antecipada da prova de ofício é para instruir processo cognitivo, no exercício de poderes instrutórios que lhe são conferidos por lei (art. 130, CPC), não sendo, jamais, titular de uma pretensão probatória (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 190).

3.2. Produção e valoração da prova antecipada

Com base nesse direito autônomo à prova, o que requer a parte, em juízo, é a efetiva produção da prova, e, não, sua mera asseguuração para que seja utilizada em futuro e eventual processo de certificação do direito material— que pode sequer existir.

Por isso, a necessidade e a utilidade da prova podem surgir tanto *antes* quanto *depois* de já instaurado o próprio processo (em seu curso) e, em qualquer caso, será ela, a pedido da parte, efetivamente produzida, não só preservada.

Contudo, aqueles doutrinadores que se prendem à sua “cautelaridade” (*rectius*: a pressuposição de existência de perigo) e à equivocada premissa de que só há asseguuração e, não, produção da prova, só a admitem antes do processo de conhecimento, como medida cautelar preparatória, pois se instaurada no curso dele, ainda que antes da fase adequada, integra-se à própria atividade instrutória do processo²²⁻²³. Essa é mais uma razão que demonstra o equívoco desse pensamento

Mas só produzida, não valorada.

Sua valoração judicial dar-se-á, se for o caso, na fundamentação da decisão que examinar o direito que se funda nos fatos cuja prova se pretender produzir na ação probatória autônoma. Ou seja: ela somente será valorada pelo juiz se *i)* a parte vier a promover outra ação, em que afirma outro direito, cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente; *ii)* o juiz julgar a demanda, já em curso, que se funda em direito cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente.

22. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 318; SILVA, Ovídio Baptista de. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 395-396 ALVARO. Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VII, Tomo II, cit., p. 243 e 248. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também entendem que a prova não é produzida, mas só preservada, tendo em vista que o processo “principal” de certificação do direito material, sequer existe, não tendo sido a prova ainda requerida e admitida, para dizer-se produzida (*Processo Cautelar*, cit., p. 258 e 264). Mas ressaltam os autores que nem toda medida deste viés será preparatória. Também reconhecem a existência de ações autônomas, que independem de qualquer ação principal. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit. p. 264 e 265).

23. Bem explica a celeuma, Daniel Assumpção Neves: “A tomar-se por base o perigo de a prova não poder ser produzida posteriormente, não há qualquer sentido, como faz a doutrina nacional, de forma uníssona, em limitar sua existência à anterioridade ao processo principal, porque o perigo de não poder esperar pela fase de instrução do processo de conhecimento poderá verificar-se tanto antes como durante o processo de conhecimento, sempre antes da fase legalmente adequada à produção da prova. O equívoco deriva da falsa premissa de que, na produção antecipada de prova, não há produção de prova, mas sua mera asseguuração, em atendimento que confunde, indevidamente, diferentes fases do procedimento probatório: produção e valoração”. (NEVES, Daniel Assumpção de. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 496).

3.3. Forma e eficácia da prova antecipada

A prova antecipada *incidental*, isto é, que se realiza no curso do próprio processo dito “principal”, assume a forma e projeta a eficácia que lhe é típica (de perícia, de depoimento etc.).

No entanto, a prova antecipada *autônoma*, que se dá por ação própria e anterior ao próprio processo de conhecimento²⁴, por assemelhar-se a uma prova emprestada, assume forma documental, se introduzida em um futuro processo de certificação do direito material, malgrado preserve sua eficácia originária²⁵. Dessa forma, só é oponível e só pode produzir efeitos em face daquele que tenha participado do seu processo de produção, em respeito ao princípio do contraditório.

3.4. Utilidade e necessidade da prova antecipada

Costuma-se afirmar que o interesse na antecipação da prova reside no levantamento preventivo dos elementos probatórios em torno de dado estado de fato, que poderão ser trasladados para futura instrução de um determinado processo, em que se afirma outro direito material²⁶.

Essa é apenas uma dentre outras inúmeras possibilidades.

Tem-se admitido a prova antecipada, por exemplo, para definir-se previamente a legitimidade para ser parte da causa, evitando-se um litisconsórcio alternativo²⁷ ou garantindo a exclusão imediata do feito de empregado colocado como sócio e litisconsorte passivo da empresa empregadora, só para gerar impedimento de que fosse ouvido como testemunha em juízo.

24. Segundo Yarshell, trata-se de ação que se reveste de duplicidade peculiar. Isso porque, ao invés de ambas as partes adotarem simultaneamente a dupla face de autor e réu, o que se observa é que a posição ocupada pelas partes é neutra, sendo irrelevante se autor ou réu, se presente no polo dito ativo ou passivo, no que se refere à coleta de prova. A procedência da demanda tem o mesmo significado para ambas, pois a prova será produzida e atingirá, para beneficiar ou prejudicar, todas delas. O interesse na prova é recíproco e bilateral (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 330 e 331). Mas a duplicidade não parece ser o melhor enquadramento para o que se observa. Não há a resistência recíproca típica da duplicidade material (como o exemplo figurativo da luta de cabo de guerra). O que há, inicialmente, como bem dito pelo autor, é interesse recíproco e convergente na produção da prova cujo resultado é imprevisível. É procedimento de jurisdição voluntária, que não pressupõe a existência de conflito para ser desencadeado, podendo recair sobre situações jurídicas unilaterais ou não-litigiosas, mas que não deixa excluída a possibilidade de instauração de conflito entre sujeitos (ex.: quando o interditando resiste à interdição ou há questionamento em torno da emancipação requerida pelo menor, por exemplo).

25. NEVES, Daniel Assumpção de. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 496.

26. THEODORO JR, Humberto. *Processo cautelar*, cit., p. 313.

27. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 3-5.

É útil, ainda, para facilitar, senão viabilizar, o emprego de meios alternativos de solução dos conflitos, como a mediação e a conciliação e, até mesmo, permitir a formulação de pedido líquido, mediante quantificação realizada em perícia antecipada²⁸.

Isso sem falar da grande utilidade que pode subsistir na antecipação de perícia ou inquirição de testemunhas, por exemplo, que se revelem indispensáveis para configuração da verossimilhança ou relevância exigida para concessão de uma tutela antecipada.

Tudo isso nos faz concluir que não há como restringir o interesse (utilidade) na antecipação da prova a uma única situação, como instruir, no mérito, o processo de conhecimento. Sua utilidade pode residir, até mesmo, em evitar esse processo de conhecimento.

Há, portanto, interesse-utilidade na antecipação da prova – antes ou durante processo de conhecimento – toda vez que sua produção for apta a trazer proveito ou vantagem para o requerente, como nos exemplos acima citados, demonstrando-se, ademais, justo motivo para a investigação, independentemente de urgência ou qualquer tipo de risco de perda da prova.

E é o que se observa em alguns ordenamentos estrangeiros, como noticia Daniel Assumpção Neves²⁹. Na França e na Inglaterra, admite-se a ação probatória autônoma mediante simples demonstração de justo motivo e utilidade (independente de urgência). Na Itália e na Alemanha, é dispensada a urgência para antecipação da perícia – sendo que no Direito Germânico é considerada suficiente a vontade convergente, a concordância das partes para que ela se realize.

Poder-se-ia dizer que o interesse-necessidade se faz presente, por se impor a intervenção do estado-juiz em sua produção. Só a prova produzida, em contraditório, e sob supervisão e chancela judicial do respeito às formalidades processuais, gozaria da eficácia probatória plena e típica, tal como prevista nas leis processuais civis.

Entretanto, é perfeitamente possível que se produzam os mesmos efeitos se a prova for coletada extrajudicialmente, em contraditório, mediante prévio acordo dos interessados (ou, até mesmo, em contexto arbitral, que também possui natureza jurisdicional). É a resistência da parte adversa a uma pretensão probatória que faz surgir o interesse-necessidade, impondo-se a intervenção e atuação do Estado-juiz para que assegure que a prova seja produzida democraticamente em juízo.

28. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*, cit., p. 3-5.

29. *Ações Probatórias Autônomas*. cit, p. 495.

4. MECANISMOS LEGAIS

4.1. Generalidades

A proposta deste capítulo não é construir mecanismos atípicos de antecipação da prova. Há previsão em lei de mecanismos típicos para tanto, adequados para a obtenção prévia e antecipada dos elementos probatórios pretendidos, por via autônoma (ação própria) ou incidental.

Os instrumentos já existentes merecem, contudo, leitura crítica, à luz das tendências doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes. Sobretudo, em uma perspectiva constitucional, se se considerar que o *direito à prova* não é meramente instrumental: ele não visa apenas à verdade suficiente e necessária para a tutela justa de um direito material; ele é, também, um direito autônomo da parte interessada de buscar e acessar a prova, de investigar os fatos que circundam a situação material vivida, para, devidamente informada, recuar, atacar ou negociar amigavelmente com seu adversário (ou demais interessados) – ou adotar outras posturas possíveis, que lhe sejam úteis e necessárias, com visto no item precedente.

Daí afirmar-se que o seu objeto não é, simplesmente, a pretensão de “segurança da prova”³⁰, a ser utilizada no futuro julgamento da pretensão material correlata. É, isso sim, a *pretensão à produção da prova*, que será efetivamente produzida (não só assegurada), para melhor esclarecimento e compreensão, pela parte, de todo o quadro fático que envolve a situação jurídica de que se supõe titular.

Dada essa explicação prévia, impõe-se o estudo dos mecanismos legais respectivos.

4.2. Produção antecipada de prova

4.2.1. Meios de prova. Proposta de atipicidade (art. 332, CPC).

A produção antecipada de prova encontra disciplina nos arts. 846-851, CPC/73.

É o primeiro e mais importante mecanismo de antecipação da prova, que, por lei (art. 846, CPC/73), pode ter por objeto: i) prova oral, com as chamadas inquirições *ad perpetuam rei memoriam*, mais especificamente o interrogatório da parte e a prova testemunhal; ou ii) prova pericial, consistente nas denominadas “vistorias *ad perpetuam rei memoriam*”.

Resta definir a extensão da interpretação a ser dada ao enunciado legal.

30. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 313.

No que se refere à previsão de antecipação do “interrogatório da parte”, há quem suponha abranger, naturalmente, o depoimento pessoal³¹, o que parece, a princípio, óbvio, não revelando grandes dificuldades para o intérprete³².

Mas Ovidio Baptista da Silva identifica um “problema fundamental” neste tema: “o de averiguar se a pena de confissão poderá ser aplicada à parte cujo depoimento pessoal se pretende antecipar, sob forma de instrução preventiva, caso ela não compareça para depor ou, comparecendo, se recuse a fazê-lo”³³. E o autor, partindo da premissa aqui não adotada, de que só se assegura e não se produz a prova antecipadamente - cautelar que é aos seus olhos -, conclui que só o juiz da futura demanda satisfativa poderia obter tal resultado, pois “a *ficta confessio* decorrente da recusa em prestar depoimento pessoal pressupõe uma causa em andamento em face da qual, valorando a prova, se tem a parte por confesso”³⁴.

Marinoni e Arenhart³⁵, avançando um passo, suscitam a problemática em torno da possibilidade de aplicar-se a esse procedimento a confissão ficta ou real/efetiva, que resolvem com uma negativa segura, sob o argumento de que não se visa à produção da prova, mas, só, sua assecuração, com simples documentação do fato. Se não houve produção da prova, dizem, também não houve valoração, momento em que é possível caracterizar a ocorrência de confissão de qualquer espécie.

Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁶, a seu turno, exatamente por entenderem incabível a pena de confissão (e qualquer tipo de confissão) sustentam não tratar-se de depoimento pessoal. É um “interrogatório *ad perpetuum*” que documenta essa manifestação.

Não parecem ser essas as melhores posturas. Considerando que há, sim, produção prévia da prova (que é depoimento pessoal), em satisfação de pretensão probatória respectiva, soa perfeitamente possível a ocorrência confissão real/efetiva, bem como por ficção jurídica decorrente de comportamento omissivo da parte depoente (mediante prévia advertência no mandado de intimação respectivo, naturalmente) – ambos passíveis de valoração por eventual julgador de ação cognitiva, na fundamentação de sua decisão, no exercício de livre convencimento motivado, bem como pela parte destinatária, na avaliação da base fática da situação jurídica que entende titularizar, por exemplo. Até porque, de um lado, uma das finalidades primordiais do depoimento pessoal é extrair confissão da parte ouvida³⁷, e, de outro, o uão

31. THEODORO JR. Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 318; NEVES, Daniel Assumpção. *Ações probatórias Autônomas*, cit., p. 354; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 260; cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 189.

32. Não se admite, contudo, a parte requeira a coleta do seu próprio depoimento, o que não é cabível em nosso processo civil (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 266).

33. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 389.

34. Também assim, NEVES, Daniel Assumpção. *Ações probatórias Autônomas*, cit., p. 503.

35. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 260.

36. ALVARO, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII, Tomo II, cit., p. 243.

37. Ora, se na forma do art. 353, CPC, a confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a representante, tem a mesma eficácia probatória da judicial, porque uma confissão feita em juízo, em procedimento probatório seria ineficaz?

comparecimento ou recusa a depor é ilícito e, por conseguinte, a exclusão da pena respectiva (*ficta confessio*) pode tornar a ação pela qual o pleiteia (o depoimento) ineficiente³⁸.

A prova pericial antecipada gera suas dúvidas.

Há quem considere não abrangidas na expressão “exame pericial” as avaliações e arbitramentos, inadmissíveis por implicar juízo valorativo de dano, nexo de causalidade, quantificações de honorários ou outras parcelas, o que ultrapassaria “o objeto de mera providência assegurativa da prova”, só podendo realizar-se num juízo satisfativo do direito material respectivo³⁹.

Não parece pertinente essa restrição genérica e apriorística do cabimento dessas espécies de perícia antecipada. Há, de fato, um juízo de valor em tais diligências, mas é exercido pelo perito (auxiliar do juízo), que lança seu olhar de experto sobre os fatos (como dano, sua extensão, nexo de causalidade etc.), como se espera de qualquer perícia, registrando suas conclusões em um laudo que poderá ser (ou não) objeto de futura valoração judicial.

Basta pensar na necessidade de uma perícia prévia em torno do nexo de causalidade entre a conduta do fabricante de *air bag* de um automóvel de luxo e os danos estético-faciais sofridos pelo seu proprietário e condutor com o não-funcionamento do produto em acidente de veículo, porquanto ele (o veículo) precise ser entregue para a seguradora oferecer a cobertura contratualmente prevista pela sua perda total.

Promovida uma perícia antecipada, o perito emitirá e documentará sua opinião técnica em laudo pericial, para que a parte interessada obtenha a prova, aprecie seu resultado, e resolva se enfrenta embate judicial – quesó se efetivamente travado – contará com a apreciação judicial do referido laudo.

É perfeitamente possível, neste caso, que o perito conclua que o *air bag* não funcionou, porquanto não estivessem presentes as condições exigidas para tanto no manual do fabricante, diante da baixa velocidade no momento do abaloamento ou do ângulo do choque, e a parte, desanimada, opte por não demandar em juízo, caso em que o dito laudo jamais será judicialmente valorado.

Na verdade, não só se admitem, em abstrato, todas as modalidades periciais, como se propugna pela interpretação mais extensiva possível desse dispositivo, para abranger outros meios de prova ali não especificados, como a inspeção judicial.

Humberto Theodoro Júnior⁴⁰, Galeno Lacerda e Carlo Alberto Alvaro de Oliveira⁴¹ já defendiam que o juiz, no exercício do poder geral de cautela,

38. Sem maiores explicações ou incursões teóricas, Pontes de Miranda admite como espécie de assecuração da prova o “depoimento sob pena de confesso” (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 190).

39. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 392-393. Também não aceitam “assecuração” de arbitramento e avaliação. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 263.

40. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 319.

41. Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 241.

pudesse se valer da antecipação de outras técnicas probatórias, como a inspeção judicial.

Marinoni e Arenhart⁴² concordam com a possibilidade de inspeção judicial antecipada, desde que o juiz se limite à mera descrição de fatos que viu e examinou, sem emissão de qualquer juízo de valor. Poderia, no entanto, instruir o auto respectivamente com desenhos, gráficos ou fotografias (art. 443, parágrafo único, CPC), que poderão assumir especial relevância em eventual valoração feita por outro juízo ou em outro processo.

Ovídio Baptista⁴³, mais uma vez preso à premissa de que só haveria uma assecuração (e não produção) da prova, entende não ser possível aí enquadrar, por leitura extensiva, a inspeção judicial, pois implica “desde logo a recepção, pelo juiz, dos fatos a serem observados, não se podendo conceber a simples preservação de tais fatos, para que eles venham a ser utilizados como prova na futura demanda”. Ressalta, contudo, a “inspeção *corporis*”, assim como exames periciais, lembrando que no contexto familiar essa necessidade é frequente. O autor, apesar dessa postura mais restritiva diante da lei, menciona que a ZPO Alemã, §485, admite inspeção judicial como assecuração da prova.

Autorizar inspeção antecipada ainda é pouco. Melhor ainda é defender-se a antecipação de qualquer meio de prova⁴⁴, típico ou atípico – salvo a prova documental, já abrangida pelo procedimento exhibitório –, em homenagem ao princípio da liberdade dos meios de prova (art. 332, CPC/73). Essa é a linha seguida por este *Curso*.

4.2.2. Competência e prevenção. Exegese constitucional (acesso à justiça).

Importa definir, ainda, a competência para a produção antecipada de provas (viabilizada por ação autônoma).

Aqueles que lhe atribuem natureza cautelar sustentam, a princípio, por força do art. 800, CPC, que a produção antecipada de prova deve ser promovida perante juiz competente para ação “principal” – definido de acordo com as regras gerais de competência (art. 86 ss. CPC). Sensata, ainda, a postura de admitir exceções a essa regra, nos casos de extrema urgência, mais especificamente quando a distância entre o juízo abstratamente competente e o objeto da medida – no presente caso, a fonte de prova a ser produzida – puder determinar lentidão tal em sua efetivação, que conduza à sua inutilidade, ineficácia, impertinência, senão sacrifício absoluto. Assim, por exemplo, de nada adianta determinar a oitiva de testemunha

42. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 264.

43. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 394.

44. Defendendo a adoção desse veículo para a produção de outros meios de prova, inclusive atípicos, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 190; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 421 e 442-445.

desenganada, em comarca muito longínqua, por carta precatória, quando se sabe, que, diante de suas poucas horas de vida, a medida não chegará a ser implantada⁴⁵.

Exigir-se seja ajuizada a medida em outro juízo que não aquele do local em que será efetivada, onde se encontra o seu objeto, dizem, é denegação ao acesso a uma justiça efetiva, é impor “uma condição à sua utilização que a torne inócua e imprestável à tutela para que foi criada”⁴⁶. Concluem, assim, que a eficácia da medida pode exigir uma exegese constitucional, à luz do acesso à justiça e da efetividade, que permita o procedimento em outro juízo, em nome de excepcional emergência que a envolva⁴⁷.

Malgrado também a considerem cautelar, Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvarode Oliveira afirmam ser competente o juízo do foro do local do fato ou do domicílio dos interessados, salvo preceito de competência absoluta – a exemplo da produção antecipada de prova sobre vazamento de petróleo que, por ser objeto de convenção internacional, insere-se dentre as atribuições de juízo federal (art. 109, III, CF/88)⁴⁸.

Afastada a roupagem cautelar e emergencial da medida, para reconhecê-la como ação probatória autônoma, a melhor opção, de *lege ferenda*, seria a introdução de um dispositivo no CPC, tal como o art. 83, CPC Português⁴⁹, para prever que a antecipação da prova é de competência do juízo do lugar em que deverá ser efetivada (local da efetivação).

Inclusive, MARINONI e ARENHART, independentemente de qualquer urgência, advogam a tese de que a antecipação da prova deve ser promovida no lugar mais conveniente para alcançar sua finalidade – no local onde se encontra a fonte da prova. “Não teria nenhum sentido pretender instaurar a medida em uma cidade, para deprecar a oitiva de testemunha para outro local, quando esta é a única finalidade da ação”⁵⁰.

E o juízo da prova antecipada terá competência funcional para julgar eventual ação de certificação do direito material cuja evidência (ou não) se pretendia corroborar, caso tenha sido a prova oral, por força do art. 132, CPC (regra da identidade física do juiz)⁵¹.

45. Pontes de Miranda, a propósito, admite que em caso de urgência ou de impossibilidade de comparecimento pessoal do depoente, seja ouvido no lugar em que estiver (cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 198).

46. Nessa senda, THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 313 e 320.

47. Assim, Ovidio Baptista, preocupado com a funcionalidade e eficiência da medida, que, diante da urgência, deveria ser considerada como cautelar (SILVA, Ovidio Baptista de. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 155).

48. Com esse posicionamento, STJ, 1.ª Seção, EDCC n. 2374/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, publicado no DPJ de 10.5.1993; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 247.

49. Citado por SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 156;

50. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit, p. 270-271.

51. Já para Marinoni e Arenhart a ação seguinte – eventual, a nossos olhos – seguirá as regras gerais de competência, admitindo-se se já proposta perante juízo da antecipação da prova não por prevenção, mas em razão

Mas há polêmica sobre o tema. Há quem diga que o juiz da medida probatória fica prevento para ação “principal”, com base no art. 800, CPC, detendo, pois, competência funcional absoluta para tanto⁵². No extremo oposto, há quem negue a prevenção, sob o argumento de que quando for ajuizada ação “principal” a medida probatória resta já finda⁵³ - o que deve ser considerado. É o posicionamento consolidado no n. 263 da súmula do antigo Tribunal Federal de Recursos: “A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal”. Por fim, com postura intermediária, encontram-se aqueles que defendem que o juiz só fica prevento se tiver intervindo nos meios de documentação da prova^{54, 55}.

De todo modo, o juízo estadual tem competência federal delegada para a produção antecipada de prova, de que faça parte algum ente federal, se na comarca não houver sede da Justiça Federal (art. 15, II, da Lei n. 5.010/1966). É regra que concretiza o disposto no §3º do art. 109 da CF/88, examinado no v. 1 deste *Curso*.

4.2.3. Procedimento.

A produção antecipada de prova, como toda demanda, há de ser instrumentalizada por petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos art. 282⁵⁶, 283 e 848, do CPC/73, exigindo-se, em especial, que: i) seja justificada sumariamente a necessidade da medida; ii) mencionando-se com precisão as alegações de fato a serem objeto de prova.

A justificação sumária limita-se à demonstração dos pressupostos dos arts. 847 ou 849, CPC⁵⁷, todos eles ligados ao *periculum in mora*.⁵⁸

da regra da identidade física do juiz (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 270 e 271)

52. STJ, 3ª T. Resp. n. 712999/SP, rel. Min. Menezes Direito, publicado no DJ de 13.06.2005. Conclusão do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada: “A cautelar de antecipação de prova previne a competência.”
53. STJ, 4ª T. AgRG na MC n. 10565/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DPJ de 14.11.2005; negando prevenção, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 247.
54. STJ, 2ª T. Resp. n. 487.630/SP, rel. Min. Francinelli Neto, publicado no DJ de 28.06.2004.
55. Marinoni e Arenhart concluem que a análise de prevenção é casuística e que o juiz da prova antecipada só fica prevento quando “conveniente” sua vinculação à ação subsequente que venha a ser proposta – ressaltando não ser propriamente prevenção, que não pode ser afastada, exigência de ordem pública que é. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 269 e 270).
56. O valor da causa será o mínimo e meramente estimativo, porquanto, a princípio, não haja valor patrimonial na produção pura e simples de uma prova (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 248).
57. Art. 847 do CPC: “Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor”.
Art. 849 do CPC: “Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial”.
58. Na hipótese de oitiva de testemunha ou parte que tenha de ausentar-se, impõe-se que essa ausência seja iminente, prolongada e para local distante ou indeterminado, justificando-se, por exemplo, quando a testemunha estiver em vias de mudar-se para o exterior, ainda que local seja determinado (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 246).

Já se propôs e ora se ratifica a visão de que é útil e necessária a medida em outras hipóteses, que a justificam, admitindo-se cabível também quando: *i)* a prova for suscetível de viabilizar tentativa de conciliação; *ii)* o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação; ou *iii)* demonstrado justo motivo, a ser aferido casuisticamente, abrangendo-se, aqui, o arrolamento de bens de finalidade meramente documental⁵⁹.

Segundo Ovidio Baptista, os fundamentos para inquirir testemunhas com base no art. 847 do CPC integram rol não exaustivo. “Pode suceder que a testemunha, hoje idônea para prestar depoimento, esteja prestes a esposar uma das partes, vindo assim a tornar-se inabilitada a depor”, exemplifica⁶⁰.

Além disso, sustenta que se a produção antecipada de prova se der por iniciativa do possível demandado, os pressupostos do art. 847 devem ser dispensados, senão mitigados, porquanto não possa ele precisar exatamente quando será acionado (ou se será), admitindo-se lhe seja garantida a antecipação da prova ainda que não haja risco iminente dentro das hipóteses do art. 847⁶¹⁻⁶².

Apesar do silêncio do CPC/73⁶³, é intuitiva a necessidade de o juiz, já no despacho inicial, determinar a citação dos interessados na produção da prova ou nos fatos a serem provados – até para que sejam alcançados pela eficácia de medida –, bem como organizar a produção da prova, de modo a:

a) designar audiência de instrução e julgamento e fixar prazo para apresentação de rol de testemunhas (se já não constar na petição inicial), caso seja determinada prova oral;

b) nomear perito de sua confiança, formular quesitos periciais, fixar os honorários periciais, bem como o prazo para entregar laudo, determinando, enfim, que as partes indiquem seu assistente e formulem seus quesitos (se já não o tiverem feito na petição inicial), caso seja determinada prova pericial.

Daí por diante o procedimento praticamente coincide com aquele previsto para o meio de prova coletado – o que se prevê expressamente para prova pericial (art.

59. É proposta de Yarshell (YARSHIELL. Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 442-445).

60. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 397. Nesses termos, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 245, exemplificando outras situações em que há receio de dano como o perigo de perda da memória, estado de guerra, grave calamidade no lugar em que mora a testemunha.

61. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 397; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 246.

62. Registre-se que essa exigência de justificação sumária do cabimento da medida impõe-se não só para fundamentá-la perante o juiz, como também para permitir que o requerido conheça o seu objeto e possa, em contraditório, formular seus quesitos periciais e perguntas para o depoente (● OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 247).

63. No art. 848, parágrafo único, só se prevê que, em se tratando de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência.

850, CPC⁶⁴), e se revela intuitivo para a prova oral, sobretudo quando se parte do pressuposto de que é produzida e, não, meramente assegurada⁶⁵.

Saliente-se que há quem admita a concessão liminar da medida, sem citação prévia e participação dos demais interessados, em casos de extrema urgência (ex.: risco devida para a testemunha) – ressalvando a possibilidade do requerido, posteriormente, requerer a complementação da medida, no que for possível⁶⁶.

Assim, a liminar na medida de antecipação da prova – ou seja, uma tutela antecipada do direito à produção da prova antecipada, por mais estranho que pareça – se justificaria quando fosse tamanha a urgência, a ponto de não haver tempo para citação do requerido. Nesse caso, é necessário ponderar os direitos de ação e de defesa. Também se admite essa liminar quando o réu, uma vez citado, pudesse frustrar a medida em sua utilidade, justificando-se a postergação do contraditório para o momento seguinte ao da realização da diligência. Nesses casos, acolhida a defesa do requerido, só resta ao juiz não homologar a prova, subtraindo-lhe eficácia⁶⁷.

Importante esclarecer, no entanto, que se não for acolhida a defesa e a prova for trasladada para eventual e futuro processo de certificação do direito material, poderá ter seu valor e eficácia ali comprometidos, ao menos no que se refere àquele que não participou de sua produção.

Mas subsiste uma questão: citado o requerido, pode ele contestar a medida probatória requerida? Em que medida?

64. Art. 850 do CPC: “A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439”.

65. Existem controvérsias em torno da aplicação de todas as regras relativas à produção da prova testemunhal (arts. 407-419, CPC). Discute-se a possibilidade de acareações e de arguição de suspeição ou de impedimento da testemunha – para Ovídio, só em casos extremos se justifica a recusa da testemunha (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 404 e 405). Marinoni e Arenhart não admitem avaliação judicial de licitude da recusa a depor, cabendo ao juiz só registrá-la no termo respectivo. Defendem também ser incabível acareação, por pressupor avaliação dos depoimentos, bem como recusa de oitiva da testemunha suspeita ou impedida – até porque o juiz de eventual demanda “principal” pode querer ouvi-la como informante, razão pela qual, na pior das hipóteses, deve-se ouvi-la sem compromisso de dizer a verdade –, o que muitas vezes pode pressupor avaliação da relação material subjacente (ex.: não pode ser testemunha aquele interessado naquela causa). Esses mesmos autores ressaltam a possibilidade de o juiz aceitar a contradita fundada em incapacidade, recusando-se ouvir a testemunha, pois não haveria autorização no CPC para que fosse ouvida como informante (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 261-263) – olvidam, contudo, que o art. 228, parágrafo único, CC/2002, traz essa autorização, conforme já examinado no capítulo respectivo. Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com essa linha de entendimento, sustentam não ser cabível contradita ou acareação, tarefa exclusiva do juiz da ação “principal” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 244). Pontes de Miranda, em poucas palavras, defende que devem ser observadas as regras relativas à prova testemunhal (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 200).

66. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 319. Também admitindo a medida “*inaudita altera parte*” SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 399. Pontes de Miranda admite a possibilidade de não haver tempo a esperar, intimando-se de imediato as partes e/ou testemunhas a ser inquiridas a acompanhar a inquirição, que pode ser realizada de pronto – em providência que parece revestir-se de natureza antecipatória (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 198).

67. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 267-268.

Humberto Theodoro Junior admite que o requerido, devidamente citado, apresente contestação⁶⁸, alegando, dentre outros fundamentos, a ilegitimidade, o não-preenchimento de requisitos de admissibilidade, o não-cabimento da medida.

Marinoni e Arenhart⁶⁹ compartilham dessa visão de que interessados devem ser citados para exercer direito de defesa, embora reduzido – não se permitindo debate do direito material que se quer evidenciar.

Nesse contexto, Ovidio Baptista da Silva⁷⁰ sustenta, com base no art. 848, parágrafo único, CPC/73, que não há previsão de que os interessados sejam citados, só intimados⁷¹. Logo, se não são citados, não haveria porque a eles outorgar o direito de contestar. Mas não nega a necessidade de um contraditório, ainda que diferenciado, que comporte um juízo de admissibilidade da demanda dita “cautelar” e um juízo de mérito restrito ao direito de produção de prova – jamais relativo ao mérito de uma possível futura demanda.

Também assim, Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁷². Salientam, contudo, que não está o requerido adstrito ao exíguo prazo para contestação cautelar de cinco dias, pois, tratando-se de matéria que não preclui, pode ser ela deduzida a qualquer tempo.

Observa-se, em verdade, controvérsia em doutrina e jurisprudência de tribunais estaduais⁷³, sobre a existência e extensão de defesa do requerido, havendo: a) quem negue a possibilidade de contestação, servindo a citação dos interessados como mera cientificação para que acompanhe a prova, pois a medida só visa documentar fatos; b) quem admita a contestação, em subordinação ao contraditório (inclusive alegação de prescrição da pretensão que vier a compor “ação principal”)⁷⁴; c) aqueles que limitam o contraditório à discussão em torno de condições da ação “cautelar”, inclusive no que se refere à necessidade da prova, sendo esta última a seguida pela doutrina acima exposta de Ovidio Baptista, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Jr. etc.

68. Humberto Theodoro Junior, inclusive, diz ser o prazo de 05 dias, a contar da citação, porquanto cautelar, cf. art. 802, CPC (*Processo Cautelar*, cit., p. 320).

69. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 267.

70. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 402 e 403.

71. No entanto, se não for possível identificar o requerido, legitimado passivo para medida (ex.: perícia em automóvel envolvido em acidente de veículo, quando não se sabe quem foi o causador), isso não impede seja ela realizada, bastando a citação por edital do possível interessado que, se revel, deverá ter nomeado curador especial (SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 404).

72. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 249.

73. Exposta e extraída de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 248.

74. E, se há contestação, há revelia. Mas é uma revelia que não pode atingir o direito material em torno do qual a prova é produzida, nem a eficácia da própria prova (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 199). Na pior das hipóteses, só se pode tomar como verdadeiro (por confissão ficta) aquilo que se refira ao fato constitutivo do direito autônomo à prova (ex.: moléstia grave da parte ou testemunha). Além disso, os interessados que compareçam tardiamente, mas em tempo de participar da coleta da prova, poderão fazê-lo (com quesitos, perguntas etc.).

Suprimir o contraditório e os instrumentos que lhe sejam incidentes não se revela a melhor opção. Afinal, qual a eficácia de uma prova produzida sem contraditório, vedando, à parte, por exemplo, questionar a legitimidade do adversário, discutir o cabimento⁷⁵ e utilidade da medida, contraditar uma testemunha, ou colocar em xeque a habilitação técnica de um perito. Mais consentâneo com o espírito da nossa Constituição é admitir defesa e recurso no que se refere ao direito à prova e à produção da prova - e, não, quanto à situação jurídica material que esteja a ela correlacionada.

É preciso permitir que os interessados, mesmo o demandado, possam requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, se relativa ao mesmo fato, salvo se comprometer em demasia a duração razoável do processo. Tutela-se, de forma ainda mais ampla, o direito à prova e, por tabela, o contraditório e a ampla defesa para os demais interessados.

Por fim, o magistrado, sem valorar a prova ou posicionar-se sobre a ocorrência ou não dos fatos e respectivas consequências jurídicas, dará sentença que constitui e homologa⁷⁶ a prova ali produzida.

Essa sentença eminentemente constitutiva⁷⁷ poderá, contudo, conter um capítulo condenatório, relativo às despesas processuais. As despesas processuais, a princípio, correm por conta do requerente da medida⁷⁸. Agora, se existirem outros interessados na diligência probatória, que opuserem algum tipo de resistência à sua realização, aquele que for, ao final, vencido, será condenado nas despesas adiantadas pelo requerente, inclusive nos honorários do seu advogado⁷⁹. E, enfim, havendo outros interessados que participem sem resistir, as despesas serão rateadas entre todos eles (art. 24, CPC⁸⁰), o que deve constar na sentença final.

Findo o procedimento, nos termos de art. 851, CPC, os autos permanecerão em cartório, podendo os interessados solicitar as certidões que reputarem

-
75. Por exemplo, inaceitável é requerer antecipação de prova oral nos casos em que lei exige prova documental (ex.: art. 366, CPC) (exemplo extraído de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 266).
 76. Reconhece ser sentença homologatória, SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 411-412; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 255.
 77. Para Pontes de Miranda, em que pese seu intuito cautelar (que, a seus olhos, a afasta de uma natureza declaratória em sentido estrito e da aptidão para fazer coisa julgada), a natureza é constitutiva e sua eficácia é documental (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 188).
 78. No entanto, se a prova ali produzida for utilizada em futuro processo de certificação do direito material, suas despesas se somarão às despesas do processo cognitivo e deverão ser desembolsadas, ao final, pelo vencido (THEODORO JR, Humberto. *Processo Cautelar*, cit p. 322).
 79. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 256.
 80. Art. 24 do CPC: "Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados".

pertinentes. Esta regra se justifica na medida em que vislumbra o legislador ser a medida cautelar e instrumental a um processo “principal”, devendo, pois, seus autos serem a ele apensados quando instaurado⁸¹. A opção legislativa revela, ainda, a preocupação de que o requerente deixe de usar a prova produzida, em eventual demanda satisfativa, por contrariar seus interesses.

Mas a verdade é que bastaria deixar os autos em cartório apenas por certo lapso temporal, para que a parte adversa obtenha cópias e certidões que lhe pareçam interessantes. Demais disso, “a circunstância de permanecerem os autos em cartório de modo algum obriga a que o promovente da demanda cautelar de tal prova se valha na ação satisfativa”⁸², até porque, por vezes, sequer há ação de certificação do direito material a ser proposta.

Observe-se, ainda, que não é a permanência dos autos em cartório que determinará a prevenção ou competência do juízo para eventual demanda “principal” de certificação do direito material correspondente⁸³. Não bastasse o fato de a retenção de autos não prevenir o juízo (ou determinar sua competência), viu-se que há quem diga que a prova pode ser antecipada em juízo diverso daquele em que correria possível ação de conhecimento correlata – chegando-se ao ponto de sugerir seja a regra a competência do juízo do foro em que está o objeto (ou fonte da prova) ou lugar em que será realizada⁸⁴ –, quando só tem competência funcional para ação referida se tiver havido coleta de prova oral.

Por tudo isso, partindo do pressuposto de que a medida goza de autonomia, tratando-se de ação probatória autônoma, recomendável seria que os autos só ficassem em cartório pelo tempo necessário para extração de cópias e certidões pelos interessados, para, findo tal prazo, ser entregue ao requerente da medida e titular do direito autônomo à prova.

4.3. Justificação

A justificação é a coleta e registro escrito de prova testemunhal, seja para servir como simples documento, sem natureza contenciosa⁸⁵, seja para servir de prova em processo regular (art. 861, CPC⁸⁶), até mesmo de natureza administrativa.

81. Como sugere Humberto Theodoro Júnior, *Processo Cautelar*, cit., p. 321.

82. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 408.

83. Como diz THEODORO JR, Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 313.

84. Vale conferir outros argumentos distintos de SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 408 e 409.

85. A ausência de litigiosidade deixa-a próxima a uma coleta extrajudicial de prova testemunhal, anunciada como tendência em outros países como a França (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 424).

86. Art. 861 do CPC: “Quem pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

Além da prova testemunhal, Ovídio Baptista da Silva admite, ainda, em seu bojo, requerimentos de depoimento pessoal e de exibição de documento pertinente, que esteja em poder do requerido⁸⁷. Na sua visão, os documentos servem para dar maior reforço e consistência às alegações do requerente e depoimentos coletados, servindo de norte para o juiz na condução da atividade instrutória. Demais disso, “se a missão do juiz for a de julgar ou não justificado o fato ou a relação jurídica cuja existência se quer demonstrar, por certo o subsídio probatório trazido pelos documentos poderá ter relevância”⁸⁸. Entretanto, o art. 863, CPC, deve ser interpretado de forma a só se admitir juntada de documentos com a petição inicial, diz⁸⁹.

Seu objetivo primordial é, pois, justificar um fato⁹⁰ ou relação jurídica que devem ser expressamente identificados na petição inicial, com a exposição circunstanciada da intenção do requerente (art. 861, CPC). É o que se dá com o requerimento de justificação de fatos relevantes para fins previdenciários, utilizada para instruir pedidos respectivos, bem como com a justificação promovida por servidor público que pretende evidenciar fato relativo à sua vida funcional, visando integrar ou corrigir registros da repartição administrativa em que atua⁹¹.

Apesar de figurar no rol das ações cautelares típicas, a justificação não é considerada cautelar e não pressupõe urgência (perigo da demora), consistindo em mero procedimento de jurisdição voluntária – como já visto⁹². E, por isso, confunde-se com a produção antecipada de prova testemunhal⁹³, na medida em que

87. Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvarode Oliveira propugnam incabível a referida exibição, bem como eventuais perícias (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 319).

88. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 480.

89. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 482.

90. Que pode ser um fato jurídico ou fato ainda não jurídico; um fato lícito ou ilícito; um fato positivo ou negativo. Em sendo fato jurídico, pode ser jurídico em sentido estrito, ato-fato, ato jurídico, negócio jurídico (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 312-313). Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 224.

91. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 350.

92. Para Ovídio Baptista da Silva, por exemplo, enquanto a produção antecipada de prova assegura a prova, em tutela à pretensão de segurança, na justificação a prova já é constituída para eventual utilização futura (*Do Processo Cautelar*, cit., p. 470 e 471). A justificação não é cautelar e não pressupõe perigo da demora. Malgrado o autor reputa dispensável o perigo da demora, entende necessária demonstração de legítimo interesse tanto que, inutilidade evidente e “macroscópica” deve conduzir à rejeição da demanda (*Do Processo Cautelar*, cit., p. 471). Pontes de Miranda defende que não se pode dizer abstratamente que não são cautelares, pois há casos previstos nos arts. 861-866, em que lhe é inerente a cautelaridade, quando servir de prova a “processo regular” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 228).

93. Yarshell reconhece não haver distinção substancial entre elas (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova* cit., p. 422). Já Daniel Assumpção Neves conclui pela inutilidade da produção antecipada de prova testemunhal, em razão da existência da justificação autônoma independente de urgência, e que só exige a demonstração de sua utilidade (*Ações probatórias autônomas*, cit., p. 353).

se defendeu, aqui, independer ela de urgência, ter essa mesma natureza (jurisdição voluntária⁹⁴) e ser cabível mediante demonstração de justo motivo.

Entretanto, para a lei e a doutrina que enxergam a produção antecipada de provas como cautelar, revestida de urgência e instrumentalidade em relação a uma ação principal, esse seria o ponto nodal de distinção entre ambas⁹⁵. E, por diferenciá-las, preocupam-se, naturalmente, em delinear o procedimento da justificação, à luz dos dispositivos constantes no art. 861 ss., CPC.

O pedido de justificação veicula-se por petição inicial, que deverá preencher, no que necessário, os requisitos dos art. 282⁹⁶ e 283, CPC, além de contar com a exposição circunstanciada da intenção do requerente (art. 861, CPC), que implica a discriminação dos fatos a serem objeto de prova e testemunhas a serem ouvidas – admitindo-se, inclusive, a juntada de documentos ligados aos fatos probandos, no intuito de orientar, nortear a produção da prova testemunhal (e ouvir testemunhas sobre seu conteúdo⁹⁷).

A inicial será dirigida, obviamente, ao juízo competente. Neste particular, aplica-se, aqui, tudo que se falou sobre a competência para produção antecipada de prova⁹⁸.

Não custa acrescentar menção ao entendimento sumulado n.º 32 do STJ, no sentido de que da Justiça Federal é competente para justificação que sirva para instruir pedidos formulados em face de entidades que tem ali exclusividade de foro (salvo art. 15, II, Lei n.º 5010/66).

Também aqui, mas agora por força de disposição específica de lei (art. 862, CPC), impõe-se a citação dos interessados.

Isso apenas se outros interessados existirem, admitindo-se a medida seja *unilateral*, quando os fatos só forem pertinentes à pessoa do justificante - como, por exemplo, aquela promovida para demonstrar a própria idoneidade financeira⁹⁹. Mas isso só é

94. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 311.

95. Marinoni e Arenhart definem ser *periculum in mora* e a cautelaridade que diferenciam justificação e produção de provas, não sendo a justificação preparatória de nenhuma medida principal. Concluem ser medida de jurisdição voluntária (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 295 e 296).

96. O valor da causa será o mínimo e meramente estimativo, porquanto, a princípio, não haja valor patrimonial na produção pura e simples de uma prova (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 316).

97. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 319.

98. Mas Marinoni e Arenhart firmam posicionamento expreso no sentido de que a determinação da competência para justificação dependerá da sua finalidade. Se for medida autônoma de simples constituição e documentação de prova, sem caráter contencioso, seguirá regras gerais de competência do art. 86 ss., CPC. Caso contrário, seguirá o regime do art. 800, CPC (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 299).

99. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 479; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 224.

possível para prova de fato que diz respeito exclusivamente à pessoa do requerente e, não, para prova de relação jurídica, em que sempre haverá mais pessoas envolvidas que deverão ser necessariamente citadas.

E mais, em sendo justificação *unilateral* de fato, sugere-se a citação do Ministério Público (art. 862, parágrafo único, CPC/73) e, se for o caso, citação por edital de eventuais interessados incertos, por precaução¹⁰⁰.

Não sendo possível a citação pessoal de eventuais interessados¹⁰¹, exige a lei a intervenção do Ministério Público – o que, para HUMBERTO THEODORO JR.¹⁰², também é necessário quando a justificação se dá liminarmente ou houver interesse de entes públicos envolvido.

Insta saber qual a finalidade da citação¹⁰³.

A lei é clara ao prever que essa citação de outros interessados, aqui, não é para defender-se – vedando a lei defesa ou recurso¹⁰⁴ (art. 865, CPC), regra da qual se discorda, como exposto em item precedente¹⁰⁵. E, diante da ausência de defesa ou recurso, eis a opção de resistência que se encontra para as partes: i) se o requerido não se conforma com termos da sentença, caberá a ele promover sua própria justificação; ii) se o inconformado for o requerente, com recusa de realização da justificação, caberá a ele requerer uma segunda justificação.

Mas a ausência de defesa não implica passividade do demandado ou do juízo quanto ao cabimento da medida¹⁰⁶, que se admite seja debatida e analisada. Só se quer evitar discussão sobre a “atentabilidade da prova” para o processo subsequente

100. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 479.

101. Com interpretação diversa, no sentido de que a citação deve ser pessoal (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 478).

102. *Processo Cautelar*, cit., p. 352.

103. Pontes de Miranda diz ser a citação condição de eficácia da justificação para seus destinatários (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 224).

104. Segundo Pontes de Miranda, se a justificação for preparatória e cautelar, cabe recurso de apelação (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 229).

105. Mas há quem diga que essa ausência de defesa e recurso pode ser justificada pelo fato de o art. 866, parágrafo único, CPC/73, prever que o juiz deva se limitar a verificar se foram observadas as formalidades legais na coleta da prova, não se pronunciando sobre o seu mérito. Ovídio Baptista da Silva entende que o que não se permite é que o juiz aprecie o mérito da prova constituída, devendo formar seu convencimento sobre “a prova produzida na justificação, idônea para constitui-lo”, podendo considerá-la insuficiente para que se considere o fato ou relação jurídica justificado. O fato ou relação jurídica se considera justificado em sua existência pela prova apta a ser desbaucada por prova em contrário, diz (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 487 e 488).

De outro lado, para Marinoni e Arenhart, o juiz na sentença da justificação só extingue o procedimento, verificando a regularidade da colheita de prova, não cabendo pronunciar sobre o fato (se está justificado ou não) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit, p. 300 e 301).

106. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 322.

a que a mesma se destina. E se o juiz, por seu turno, pode recusar-se a homologar a prova, é imperativo admitir uso de remédio recursal¹⁰⁷.

Como a lei veda o manejo de recurso em sede de justificação, tem-se admitido a impetração de mandado de segurança¹⁰⁸ – cuja utilidade é questionada por MARINONI ARENHART, tendo em vista não haver julgamento sobre o fato ou relação jurídica¹⁰⁹. Além disso, digna de nota é a doutrina e jurisprudência que admitem uso de apelação quando a sentença não se limita a verificar regularidade da prova¹¹⁰, não sendo, pois, meramente homologatória (ex.: aquela que abusivamente valora prova¹¹¹).

Se não é admissível defesa ou recurso, o procedimento cinge-se, basicamente, à produção da prova e é para acompanhá-la, nos termos do art. 864, CPC, que os interessados são citados¹¹².

Daí o juiz, no despacho inicial, além de determinar a citação dos interessados, já designar a audiência de oitiva das testemunhas.

Ausente o advogado do requerente à referida audiência, sem justo motivo, poder-se-ia dizer que é dado ao juiz dispensar a prova e extinguir o procedimento, dando aplicabilidade à regra do art. 453, §2.º, CPC.

Trata-se, contudo, de atitude deveras radical e agressiva para um procedimento de jurisdição voluntária, que não pressupõe litígio. Assim, em nome da economia e da efetividade da medida, impõe-se seja realizada a audiência, podendo o juiz interrogar as testemunhas por conta própria (art. 416, primeira parte, CPC)¹¹³, e verificar, à luz do caso concreto, e da indisponibilidade do interesse em jogo, se é o caso de convocar um defensor público ou advogado dativo para o requerente desassistido, de forma a preservar a eficácia plena da prova e, pois, a utilidade do resultado final pretendido.

Em sede de audiência, a inquirição das testemunhas dar-se-á na forma dos arts. 410 a 419, CPC, ressaltando o art. 864, CPC, a possibilidade de contradita

107. SILVA, Ovidio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 484.

108. STJ, 6ª T, RMS n. 19247/CE, rel. Min. Paulo Galloti, publicado no DJ de 07.11.2005.

109. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 301.

110. Cf. TRF 2ª Região, 6ª T. Especializada, AgIn n. 101394, rel. Des. Fed. Benedito Gonçalves, publicado no DJ de 21.09.2007, p. 417; TRF 1ª Região, 4ª T., AC n. 1998011000064092, rel. Des. Fed. Conv. João Carlos Costa Mayer Soares, publicado no DJ p. 417; TRF 2ª Região, 4ª T., AC n. 98.02.21269-5, rel. Des. Fed. Rogério Carvalho, publicado no DJ de 28.09.1999, todos citados por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*, cit., p. 301.

111. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 323.

112. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 318.

113. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 319-320.

e requerimento de nova inquirição (reinquirição) daquelas testemunhas cujo depoimento foi equívoco, confuso ou contraditório¹¹⁴.

Demais disso, nos termos do art. 864, CPC, em caso de juntada de documentos, os interessados deles terão vista pelo prazo de 48 (quarenta e oito) horas em cartório – cujo único objetivo é preparar-se para coleta de prova testemunhal¹¹⁵.

Finda a coleta da prova, será proferida sentença constitutiva¹¹⁶ e homologatória da prova¹¹⁷, que não valorará a prova nem se debruçará sobre eventual direito material correspondente aos fatos que se buscavam provar¹¹⁸. Publicada a sentença, ficarão os autos em cartório por 48 (quarenta e oito) horas, para eventual extração de cópias ou certidões, sendo, ao fim, entregue ao requerente da medida (art. 866, CPC)¹¹⁹.

É o quanto se exige de uma exegese do procedimento de justificação do CPC.

Reitera-se, contudo, que a melhor opção é excluir-se a justificação do rol legal, mantendo-a unicamente como uma das hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova, nos moldes propostos, apta que será para atender, em sua integralidade, aos reclames de todo e qualquer jurisdicionado.

114. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 352. Admitindo acareação, SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*, cit., p. 482.

115. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*, cit., p. 352.

116. Ovídio Baptista da Silva também sustenta ser a justificação constitutiva – da prova, claro, e, não, da relação jurídica (*Do Processo Cautelar*, cit., p. 472). É a visão de MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 216 e 228.

117. Cujo regime de despesas deve ser o mesmo da produção antecipada de provas.

118. Também assim, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 227. Em sentido significativamente diferente, Ovídio Baptista da Silva sustenta que, na justificação, o fato ou relação jurídica objeto da prova testemunhal são dados como existentes (ou inexistentes) por sentença, tanto que o juiz de eventual futura demanda em que se discuta direito material correspondente não pode considerá-los inexistentes, salvo prova em contrário. Em síntese, aqui a prova seria valorada (*Do Processo Cautelar*, cit., p. 472).

119. Malgrado não seja clara a letra da lei, qualquer interessado (parte ou terceiro) pode requerer certidão ou extrair cópia no período em que ficar os autos no cartório. “Não se pode negar certidão a quem tem interesse, salvo regra jurídica em contrário” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 231).

CAPÍTULO IX

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

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

1. CONCEITO E GENERALIDADES

A audiência de instrução e julgamento é a sessão pública, que transcorre de portas abertas (art. 444, CPC)¹, presidida por juízo de primeira instância (arts. 445 e 446, CPC), com a presença e participação de inúmeros outros sujeitos – partes, advogados, testemunhas e auxiliares da justiça –, e que tem por escopos tentar conciliar as partes, produzir prova oral, debater e decidir a causa².

A assentada diz-se de “instrução e julgamento”, porquanto sejam esses seus objetos centrais: *instruir* (produzir provas) e *julgar* (decidir) oralmente – não obstante também contenha uma tentativa de conciliação e um momento de debate (alegações finais)³. É designação tradicional na linguagem processual brasileira.

No título do Capítulo VII do Código de Processo Civil, em que é regulamentada, a cla se refere o legislador, tão-somente, como “audiência”. Isso se dá porque, ao tempo da promulgação do código, era a única audiência prevista para o procedimento ordinário. Reformado o CPC, passou a existir uma audiência anterior, a chamada “audiência preliminar” (art. 331, CPC). Mas o termo “audiência de instrução e julgamento” foi adotado no art. 331, §2º, inserido com a reforma do CPC, e paulatinamente incorporado pela comunidade jurídica – tribunais, doutrinadores e operadores do direito em geral.

Mas não se trata de ato essencial dentro do processo. Pode ser perfeitamente dispensada quando cabível julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC).

-
1. Salvo os casos de segredo de justiça (art. 155, parágrafo único, CPC) e circunstâncias inconvenientes que possam perturbar seu regular desenvolvimento (art. 445, CPC).
 2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, v. 3, p. 636-637.
 3. “No sistema oral, a audiência é o momento culminante do processo. Por ela se caracteriza o procedimento oral. Os princípios que o definem a informam. Nela se concentra a causa, o juiz se põe em contato direto com as partes e com as fontes de prova; nos atos que então se realizam predomina a palavra falada”. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 291).

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

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

O *juiz-mediador* tenta conciliar as partes (art. 448, CPC).

O *juiz-investigador* busca a verdade possível dentro da causa, procedendo direta e pessoalmente à colheita de provas (art. 446, I, CPC), tomando depoimento das partes (art. 344 c/c 416, CPC), formulando perguntas para as testemunhas (art. 416, CPC) e deduzindo quesitos de esclarecimentos para o perito e os assistentes técnicos (art. 426, II, c/c 435, CPC). É possível, porém, a expedição de carta precatória para a colheita de prova.

Convém atentar para a mudança de redação do art. 338 do CPC, que agora tem o seguinte conteúdo: “A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea b do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível”. O texto anterior prescrevia que as cartas rogatória e precatória *não* suspenderiam o processo, salvo se requeridas antes do despacho saneador. Após a Lei Federal n. 11.280/2006, não basta ter sido requerida a expedição da carta antes da decisão de saneamento (designação tecnicamente mais apurada do antigo *despacho saneador*). É preciso que o objeto da carta *apresente-se como imprescindível* ao correto deslinde do processo. “Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo”⁴.

O *juiz-diretor* preside e conduz as atividades empreendidas na audiência, mantendo a ordem e decoro (art. 445 e 446, III e parágrafo único, CPC), no exercício do seu *poder de polícia*, determinando os atos a serem praticados (art. 446, I, CPC), transmitindo aos peritos, assistentes técnicos e testemunhas perguntas formuladas pelos advogados, ouvindo e consignando as respostas no termo de audiência, solucionando questões incidentais, prolatando a sentença.

As *partes* comparecem à audiência, sobretudo, para a tentativa de conciliação e, se for o caso, para prestar depoimento pessoal. São atos pessoais das partes – a conciliação não exige a participação do advogado, por não se tratar de ato postulatório. Independente disso, a parte “tem o direito de estar presente à audiência e comunicar-se com seu defensor, inclusive para sugerir-lhe perguntas a serem feitas às testemunhas”⁵.

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

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

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

Por fim, os *auxiliares de Justiça* que colaboram são: i) o *oficial de justiça*, responsável pelo pregão inicial; ii) o *escrivão ou o escrevente*, a quem incumbe documentar a audiência; iii) eventualmente, *perito* (art. 435, CPC) ou *intérprete* (art. 151, I e II, CPC).

2. CONTEÚDO E ESTRUTURA

2.1. Considerações iniciais

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

O art. 447, CPC, determina a realização de uma *tentativa de conciliação* – que pode ser a segunda delas (art. 331, CPC) –, a ser conduzida pelo juiz, como mediador, que deve comunicar-se com as partes, catalisando e incentivando a solução do conflito.

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

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

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

Visto seu conteúdo, insta esboçar sua estrutura.

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

Estrutura-se, sequenciadamente, na seguinte ordem: a) a proclamação judicial (abertura); b) o pregão inicial pelo oficial de justiça; c) a tentativa de conciliação; d) a fixação dos pontos controvertidos a serem objeto de prova oral (perceba que já houve fixação anterior, art. 331, § 2º, CPC); e) a prestação de esclarecimentos pelo

perito e pelos assistentes técnicos: *f*) a coleta de depoimento pessoal – primeiro do autor, depois do réu; *g*) a inquirição de testemunhas – primeira as arroladas pelo autor, depois as arroladas pelo réu; *h*) as alegações finais – primeiro pelo advogado do autor, depois pelo advogado do réu; e, em desfecho, *i*) a prolação da sentença.

Admite-se a inversão da ordem dos depoimentos (partes, testemunhas e peritos), a critério do juiz – de ofício ou a requerimento –, mediante justo motivo.

É até comum na prática forense. É o que ocorre, por exemplo, quando uma das testemunhas por motivos profissionais ou de saúde, solicita que sua oitiva seja postergada.

Isso porque não se justifica que, num ordenamento que consagra o dever do juiz velar pela rápida solução do litígio (art. 125, II), um atraso justo de uma das partes, testemunhas ou especialistas, implique a paralisação de toda a sessão de audiência para sua prolongada espera. Por mero formalismo processual (injustificado), o juiz atravanca o perfeito andamento da audiência.

Mas a alteração da sequência pode gerar prejuízos, vício deve ser alegado e provado na primeira oportunidade em que cabe à parte falar nos autos (art. 245), ou seja, na própria audiência, sob pena de preclusão⁶.

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

2.2. Abertura da audiência. Pregão inicial

Na forma do art. 450, CPC, no dia e na hora designados, o juiz deverá declarar aberta a audiência, determinando que se apregoem as partes e seus procuradores.

Algumas notas sobre o tempo e o lugar da audiência.

Deverá ocorrer nos *dias úteis*, dentro do horário de funcionamento do expediente forense. Se até a hora de encerramento do expediente, os trabalhos não tiverem se concluído, o magistrado deve determinar sua continuação em dia próximo (art. 455, CPC).

Athos Gusmão Carneiro ressalva que: “A audiência poderá prolongar-se além das 20 horas, quando, a critério do juiz, sua suspensão possa acarretar inconveniente de monta (v.g., testemunhas ainda não inquiridas e residentes em local longínquo; lide cuja solução demanda brevidade etc). Também certo que o advogado, se apresentar motivo relevante, poderá objetar ao prosseguimento da audiência além dos limites razoáveis”⁷.

-
6. Reflexões de CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 64-66. Admitindo a inversão dessa ordem sequencial. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Licções de Direito Processual Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, v. 1, p. 374.
 7. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, 9 ed. . 2001, p. 13.

Demais disso, a audiência deverá ser realizada na *sede do juízo* ou, em casos excepcionais, no local em que o juiz estabelecer (art. 176, CPC). Se enferma e hospitalizada a parte, por exemplo, pode o juiz determinar que a audiência se realize onde se encontrar.

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

O *pregão inicial* é essa comunicação às partes e aos seus defensores, feita pelo auxiliar de Justiça – oficial de Justiça. “Deve ser feita em voz alta e clara e tem a finalidade de evitar eventuais desatenções e caracterizar a ausência dos que não atenderam a ele”⁸.

Malgrado a lei não seja expressa nesse sentido, impõe-se – e já é de costume – que se apregoem também as testemunhas, o perito e os assistentes técnicos, para que fiquem cientes de que a qualquer tempo serão convocados para depor⁹.

A despeito da simplicidade com que é feito, o pregão é ato essencial para a abertura da audiência, cuja falta pode conduzir à sua invalidade – desde que haja prejuízos, é claro¹⁰.

2.3. Conciliação e fixação dos pontos controvertidos

Versando o litígio sobre direitos que admitam conciliação, o juiz deverá determinar o comparecimento das partes na audiência, e tentar conciliá-las, estimulando a solução amigável (art. 447, CPC). Sobre os casos que admitem ou não admitem conciliação, ver o capítulo sobre o julgamento conforme o estado do processo, no v. I deste *Curso*.

Na forma do art. 447, parágrafo único, nas causas de família também é possível a conciliação, nos casos em que a lei admite a transação, como, por exemplo, na fixação do valor dos alimentos, na regulamentação do direito de visita dos filhos, na partilha de bens dos separandos etc.

Se estiver representada por advogado com poderes para transigir, o *comparecimento* das partes na audiência é desnecessário – bastará que o defensor se faça presente. Mas se a parte não estiver representada por advogado com poderes para

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

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

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

transigir, considera-se frustrada a tentativa de conciliação (sua presença pessoal não é obrigatória; distingue-se, neste ponto, do procedimento sumário, em que a presença da parte é obrigatória)¹¹.

Havendo conciliação, deverá ser reduzida a termo – documentada por escrito – e homologada por sentença judicial (art. 448 e 449, CPC).

Não havendo conciliação, o juiz deve *fixar os pontos controvertidos* a serem objeto de prova oral (art. 451, CPC).

Na audiência preliminar o juiz já fixou pontos controvertidos para produção das provas (art. 331, §2º, CPC). Se no interregno entre as audiências preliminar e de instrução tiver ocorrido a realização de alguma prova – como a perícia, a inspeção judicial, a juntada ulterior de documento –, o objeto da prova (pontos controvertidos) poderá ter sido restringido. A prova oral só será necessária para os pontos de fato ainda não elucidados. Daí a necessidade de o juiz reavaliar quais são os pontos ainda controversos e não corroborados, para que sobre eles incida a prova oral¹².

Tecendo esses esclarecimentos, CÂNDIDO DINAMARCO pondera que “não é constante nem usual o cumprimento da exigência de fixar em audiência os pontos controvertidos a serem investigados mediante prova oral; para tanto seria indispensável que o juiz ao menos lesse os autos antes da audiência, o que nem sempre ocorre. Mas esse é um dever do juiz responsável e comprometido com o objetivo de processar bem, para poder julgar corretamente”.¹³

Definidos os pontos de fato controvertidos, cabe produzir as provas necessárias para evidenciá-los.

2.4. Produção das provas orais

O art. 452, CPC, estabelece em seus incisos a ordem a ser seguida na instrução oral.

O primeiro passo (inciso I) é tomar os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos (nessa ordem) acerca das omissões e inexactidões constatadas em seus

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

12. Dessa forma, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 3, cit., p. 642. Athos Gusmão Carneiro, outrossim, diz que, em verdade, na audiência de instrução e julgamento, o juiz irá “manter, ou retificar, a fixação efetivada na audiência preliminar” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 59). Em sentido diverso, Alexandre Câmara, que entende que o art. 451 foi revogado pelo posterior art. 331. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, cit., p. 374.)

13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 3 ed., 2003, p. 642.

opinativos técnicos. Seus esclarecimentos serão prestados em forma de respostas aos quesitos formulados pelas partes e pelo juiz, na forma dos arts. 435 e 426, do CPC.

CÂNDIDO DINAMARCO explica, de forma prática e didática: “As perguntas são lidas pelo juiz, o perito dá suas respostas e ambos os defensores podem dirigir-lhes outras, sempre através do juiz e desde que relacionadas com as respostas dadas; repregunta primeiro o advogado que formulara o pedido de esclarecimento, depois o adversário. Do mesmo modo, são prestados esclarecimentos pelos assistentes-técnicos, sendo que as reperguntas são feitas em primeiro lugar pelo advogado da parte que indicou o assistente e, em seguida, pelo adversário”¹⁴.

Se for o caso, nesse momento será realizada a chamada *perícia simplificada*, com a inquirição do perito e dos assistentes técnicos acerca daquilo que tenham examinado informalmente (art. 421, §2º, CPC).

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

As perguntas são formuladas pelo juiz de forma direta, ou pelos advogados de forma indireta – ou seja, através do juiz.

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

Finda a instrução, iniciam-se os debates orais, com as alegações finais de ambas as partes (art. 454, CPC).

2.5. Alegações finais. Memoriais

Coletadas as provas orais, o juiz deve dar a oportunidade para a dedução de alegações finais: “dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz” (art. 454, *caput*, CPC)¹⁵.

Na prática forense, o juiz dá a palavra ao advogado da parte (e ao MP) para que dite suas alegações derradeiras para o auxiliar de Justiça, que deverá documentá-las por escrito (reduzi-las a termo).

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

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

“Ao invés dos advogados exporem com eloquência e de viva voz ao julgador suas finais alegações, a seguir mandando o juiz consignar no termo de audiência o *resumo* da argumentação verbalmente apresentada, criou-se em muitas comarcas e juízos a praxe irregular e vitanda, inteiramente divorciada da lei e dos princípios informativos do processo moderno, de os procuradores, sob a tolerância ou anuência dos juízes, ditarem suas razões ao escrivão, que as lança por inteiro termo, isso quando a irregularidade mais grave não ocorre, resumindo-se o debate oral à simples consignação de que os advogados se reportam, respectivamente, às alegações já anteriormente e por escrito produzidas nos autos”¹⁶.

O art. 454, § 1º, aborda a divisão do prazo no caso de litisconsórcio ou ingresso de terceiro.

Havendo litisconsortes, somam-se os minutos do prazo legal (20 minutos) com os minutos facultados a título de prorrogação (10 minutos) e o resultado dessa adição (30 minutos) deverá ser dividido em partes iguais, entre os procuradores dos litisconsortes. Isso só vale, por óbvio, quando os litisconsortes estão com procuradores distintos.

Mas há quem entenda que se o prazo ficar deveras diminuto, porquanto sejam muitos os litisconsortes com advogados diversos, o juiz poderá dilatá-lo (art. 446, I, c/c 191, do CPC),¹⁷ até como homenagem ao princípio da adequação.

Independentemente disso, nada impede que os litisconsortes convençionem o uso da palavra por um só advogado¹⁸.

Havendo a intervenção de um terceiro, que forme litisconsórcio com uma das partes originárias, ou, ao menos, a auxilie, aplica-se a mesma regra.

Já no caso do oponente, subsiste uma regra especial, no art. 454, § 2º, que dita que o oponente terá o prazo regular de 20 minutos e os opostos, em seguida, cada um, mais 20 minutos. “Neste momento, os opostos oferecerão apenas seus argumentos referentes à oposição, ficando os debates a respeito da demanda original para momento posterior (ainda na mesma AIJ), sem a participação do oponente, onde se observarão as regras do *caput* do art. 454”¹⁹.

Quando a causa envolver questões de fato ou de direito complexas (art. 454, § 3º, CPC), as alegações finais das partes podem ser deduzidas por escrito, por meio dos chamados *memoriais*. Cabe ao juiz definir, à luz do caso concreto, se o nível

16. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 87.

17. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 300.

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

19. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, cit., p. 375. Em sentido diverso, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 84.

de complexidade das questões justifica o deferimento de pedido de apresentação de memoriais²⁰, sendo raro o magistrado que não os admite.

“Ao julgador, pois, pertence a prudente opção no campo procedimental. Ainda que os advogados se declarem prontos ao debate oral, permanece reservado ao juiz o poder de determinar-lhe a conversão em razões escritas; igualmente poderá o juiz indeferir, finda a instrução, o requerimento dos procuradores no sentido da apresentação das razões escritas, concedendo-lhes de imediato a palavra, quando singela a lide”.²¹

Não há *prazo* legal para o oferecimento dos memoriais. De acordo com o art. 454, §3º, CPC, o juiz designará dia e hora para que sejam oferecidos. Na prática, os juízes estabelecem um prazo.

Em analogia às alegações finais pela via oral, deve o juiz fixar prazos sucessivos para a apresentação dos memoriais – findo o prazo do autor, inicia-se o prazo do réu. Isso porque, justifica CÂNDIDO DINAMARCO, “tanto quanto em audiência, o réu tem o direito de conhecer previamente as alegações do autor para pôr-se em condições para incluir nas suas a crítica a elas”. E continua ressaltando que nos tribunais “prevalece a orientação no sentido de que são sucessivos os prazos para a retirada dos autos, mas o prazo para a entrega dos memoriais é comum, vencendo-se no mesmo dia para ambas as partes”²².

2.6. Sentença

Feitas as alegações finais, oralmente, em mesa de audiência, completa-se a instrução e deve o juiz, desde logo, proferir a sentença (art. 456, CPC). O juiz ditará a decisão para o auxiliar de Justiça, que deverá reduzi-la a termo, documentando-a por escrito.

Mas o juiz pode optar por proferir a decisão por escrito, posteriormente, em seu gabinete, quando deverá apresentá-la no prazo impróprio de 10 (dez) dias (art. 456, CPC). É o que sói ocorrer.

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

Mas se o juiz optou por registrá-la por escrito, no prazo legal (art. 456, CPC), designará uma data para o prosseguimento da audiência, em que irá pronunciá-la e publicá-la (art. 455, CPC). Normalmente, opta-se pela publicação na imprensa

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

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

22. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. III, 3 ed., 2003, p. 645.

oficial – ou, não havendo, determina-se a intimação das partes do seu teor (arts. 236 e 237, do CPC).

A sentença só pode ser proferida em audiência se as alegações finais foram deduzidas oralmente. Acaso deduzidas por escrito (por memoriais), depois de oferecidos os memoriais, os autos seguem conclusos para o juiz sentenciar em seu gabinete, no prazo impróprio de 10 (dez) dias (art. 456, CPC).

Neste caso, o juiz poderá designar uma audiência para pronunciá-la e publicá-la (art. 455, CPC), ou determinar sua publicação através da imprensa oficial – ou, não havendo, determinar a intimação das partes do seu teor (arts. 236 e 237, do CPC).

Em verdade, tem prevalecido o entendimento de que não há necessidade de designar uma nova sessão de audiência só para prolação e publicação da sentença, acaso o juiz não profira a sentença em mesa de audiência. Recomendam-se a publicação e intimação da decisão pelo órgão oficial de imprensa, se houver²³.

2.7. Conversão do julgamento em diligência

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

Admite-se a produção de qualquer meio de prova, desde que respeitada a garantia do contraditório.

A providência não conta com previsão expressa no CPC, mas demais de ser compatível com nosso sistema – em razão da ampla extensão do poder instrutório do juiz (art. 130 do CPC) –, e amplamente admitida pela doutrina²⁴.

3. DOCUMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA. LAVRATURA DO TERMO DE AUDIÊNCIA

O escrivão (ou escrevente), sob ditado do juiz, documentará todos os atos da audiência (art. 457, CPC), na forma do art. 170, CPC.

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

Convém lembrar que, com a regulamentação do processo eletrônico, “quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente

23. ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 628.

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

digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes” (§ 2º do art. 169 do CPC, acrescentado pela Lei Federal n. 11.419/2006).

Já os esclarecimentos do perito e dos assistentes, bem como o depoimento das partes e das testemunhas serão por ele consignados no denominado *termo de assentada* ou *assentada*²⁵.

Todas as folhas dos termos serão subscritas pelo juiz, advogados, partes, MP e pelo escrivão (ou escrevente), na forma do art. 457, §§ 1º e 2º, CPC. Por fim, tais termos, juntamente com documentos eventualmente recebidos pelo magistrado, devem ser acostados aos autos do processo pelo escrivão (ou escrevente) (art. 457, §3º, CPC).

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

No ato em que declara saneado o processo, em sede de audiência preliminar ou no *despacho saneador*, deve o juiz designar a data e a hora da audiência de instrução e julgamento (art. 331, §§, CPC). A *designação* é ato pessoal do juiz²⁶.

Ao designá-la, o magistrado deve observar o tempo necessário para a realização de eventual perícia ou outras diligências – ex.: exibição de documento a ser periciado por terceiro, inspeção judicial etc. Se for o caso, pode até optar por marcar a audiência depois de concluídos tais trabalhos, levando em conta o seu grau de relevância e complexidade²⁷.

As partes, quando devam comparecer – para prestar depoimento pessoal –, devem ser intimadas pessoalmente, 05 (cinco) dias antes da audiência (art. 343, §1º, c/c 185, CPC).

As testemunhas arroladas, quando não dispensada sua intimação pela parte (art. 412, §1º, CPC), também devem ser regularmente intimadas. O mesmo se diga dos peritos e assistentes técnicos, com a peculiaridade de que sua intimação deve ser feita com uma antecedência mínima de 05 (cinco) dias, devidamente acompanhada dos quesitos de esclarecimento a serem respondidos.

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

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

26. Assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 14.

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

Neste caso, de acordo com o art. 242, §2º, CPC, o juiz deverá ordenar a intimação pessoal dos advogados da nova designação. Essa exigência se aplica às comarcas em que as intimações são realizadas pela imprensa oficial, isso porque “é perfeitamente possível que os advogados se tornem menos atentos à leitura do Diário da Justiça ou do jornal local encarregado da publicação de notas de expediente, passando-lhes despercebida a notícias de antecipação. Em consequência, teremos o injustificado não comparecimento ao ato processual, com todas as suas sequelas, em grave e quiçá irreparável prejuízo aos interesses dos constituintes”²⁸.

O art. 453, CPC, prevê, contudo, a possibilidade de *adiamento* da audiência, basicamente, em duas hipóteses: *i)* por *convenção das partes*, quando só será admissível uma única vez (inciso I) e nunca por prazo superior àquele em que poderiam pedir a suspensão do processo, *in casu*, seis meses (art. 265, §3º, CPC)²⁹; e *ii)* pela *ausência de sujeitos do processo*, isto é, se não puderem comparecer as partes, os advogados, o perito ou as testemunhas (inciso II) – acrescentando-se, ao texto da lei, o membro do MP³⁰, o juiz e os assistentes técnicos das partes.

A ausência de oficial de justiça ou escrivão (escrevente) não obsta a abertura e realização da audiência. Neste caso, cabe ao juiz convocar substituto, ou, se não houver, nomear auxiliar *ad hoc* – o escrivão *ad hoc*, por texto de lei (arts. 141, III, 142, do CPC), já oficial de justiça *ad hoc*, por analogia (arts. 142 c/c 143, do CPC).³¹

A norma deve ser interpretada conjugadamente com o art. 453, §1º, CPC, para se exigir o *justo motivo*, devidamente comprovado pelo advogado³², como condição para adiamento da audiência, tão-somente, das partes, seus procuradores³³ ou assistentes técnicos.³⁴

28. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 95.

29. Assim, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 300; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 94.

30. Ausente o MP, o juiz deve comunicar o fato ao Procurador-Geral, para cominação de eventuais sanções profissionais. Nos casos em que a lei exige sua participação, a realização da audiência sem a sua presença conduz à nulidade do ato (art. 84 c/c 246, do CPC).

31. Com essa visão, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 294.

32. A comprovação, a princípio, deve ser feita antes do início da audiência. Mas se decorrer de fato muito recente – ex.: sofrer um ataque cardíaco ou um acidente de veículo no caminho para a audiência –, se necessário, pode ser feita em momento posterior (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, cit., p. 652; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 97; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, p. 376).

33. Se a parte constitui mais de um procurador para atuar conjuntamente, o impedimento de um deles, de regra, não constituirá motivo impeditivo da realização da audiência, pela possibilidade de comparecimento do outro; já não assim se os advogados mantêm domicílio em comarcas diferentes, constituídos para atuar nas várias etapas do processo. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, p. 96.)

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

“*Motivo justificado* tem o sentido de *motivo ponderoso*: doença, que impeça o comparecimento; viagem, para atender à pessoa da família, enferma; convocação para serviço do Júri, como jurado (...) etc”.³⁵

Entende a doutrina que não é motivo para adiamento da audiência, o fato de o advogado ter outra audiência designada para o mesmo dia e horário, em outro processo – ainda que a designação tenha sido anterior. A parte contrária não pode responder pela asssorberamento de trabalho do causidico³⁶.

Não parece que a solução deva ser dada *a priori*: veja, por exemplo, a situação que ocorreu na Bahia, em que o Tribunal de Justiça determinou um mutirão de audiências nos Juizados Especiais, concentradas em curto espaço de tempo, o que levou alguns advogados a ter mais de vinte audiências designadas para um mesmo dia.

Se a *parte* se ausenta sem justo motivo, existem duas consequências de relevo: *i*) malograda será a tentativa de conciliação, salvo se seu advogado estiver presente e investido do poder especial para transigir (art. 38, CPC); *ii*) tendo sido intimada para prestar depoimento pessoal, sofrerá a pena de confesso, com a presunção relativa de veracidade do fatos afirmados pela contraparte (art. 343, §2º, CPC).

Se o *advogado* se ausenta sem justo motivo, o juiz *pode* dispensar as provas requeridas pela parte, na forma do art. 453, §2º, CPC. Fica a critério do juiz a imputação de tal sanção³⁷. “Um limite a esse poder é a indisponibilidade dos direitos: seria incoerente com o sistema a dispensa de prova de fatos referentes a direitos indisponíveis, quando em relação a eles não se aplica o efeito da revelia nem a pena de confesso, nem é plenamente eficaz a própria confissão”³⁸.

Se ambos os advogados (do autor e do réu) se ausentam injustificadamente, isso não impedirá a abertura e realização da audiência, aplicando-se o citado art. 453, §2º, CPC³⁹.

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

35. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 301.

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

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

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

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

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

No primeiro caso, a ausência da testemunha dá ensejo ao adiamento da audiência (art. 412, CPC), com ou sem justificação. Não justificada sua ausência, será conduzida coercitivamente (art. 412, CPC) – o que se aplica por analogia ao perito⁴⁰.

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

Segundo o art. 453, §3º, CPC, responderá pelas custas acrescidas, aquele que der causa ao adiamento da audiência.

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

Existem prazos para o perito apresentar o laudo e as partes (por seus assistentes técnicos) sobre ele se manifestarem, respectivamente (arts. 432 e 433, do CPC). Tudo isso deve ser feito antes do início da audiência de instrução e julgamento, em tempo de se solicitarem a prestação de esclarecimentos pelos especialistas na assentada (art. 435, CPC).

Assim, o *atraso na entrega do laudo pericial* pelo perito, que pode pedir a prorrogação do seu prazo (art. 432, CPC), conduzirá, não raro, ao adiamento da audiência (art. 433, CPC). Ou, ainda, a *demora na intimação das partes* para se manifestarem (através de seus assistentes técnicos) sobre o laudo (art. 433, parágrafo único) pode prejudicar o início da audiência⁴¹.

É caso de adiamento, ainda, a determinação judicial, de ofício ou a requerimento, de *oitiva de testemunha referida* em algum depoimento (das partes ou testemunhas) (art. 418, I, CPC) – isso porque as testemunhas ainda deverão ser intimadas.

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

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

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

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

Dita o art. 455, CPC, que a audiência de instrução e julgamento é uma e contínua.

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

Sua *continuidade* revela-se na exigência de que toda a atividade acima descrita se concentre em uma só sessão; que a audiência inicie e termine em uma única assentada, sem interrupções. Privilegia-se o princípio da concentração dos atos processuais, corolário do princípio da oralidade⁴².

Mas o próprio art. 455, CPC, prevê que, se não for possível concluir, “num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará seu prosseguimento para dia próximo”. É possível, assim, casos excepcionais de *suspensão*. É o caso da demora que inviabilize o esgotamento de todas as atividades numa só sessão; da pendência de uma carta precatória expedida para a oitiva de uma testemunha; da ausência de alguma testemunha etc.⁴³

MOACYR AMARAL SANTOS ressalva, contudo, que “não se interromperá o depoimento da parte ou de testemunha, assim como a exposição e os esclarecimentos do perito. Iniciado o debate oral, não poderá ser suspenso”.⁴⁴

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

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

42. Segundo Câmara, havendo interrupção, não se segue uma nova audiência, mas a continuação da anterior. Assim, baseando-se nessa continuidade da audiência, sustenta que a parte presente na primeira sessão da audiência, não pode ser considerada ausente se faltar à segunda sessão, porquanto mera continuação. Não se aplica, pois, as consequências previstas em lei para sua ausência (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 10 ed., v. 1, cit., p. 372).

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

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

CAPÍTULO X

TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Sumário • 1. Nota introdutória – 2. Sistematização dos pronunciamentos judiciais: 2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais; 2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular; 2.3. As decisões proferidas em órgão colegiado – 3. A sentença como norma jurídica individualizada – 4. Elementos da decisão judicial: 4.1. Introdução; 4.2. Relatório; 4.3. Fundamentação: 4.3.1. A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação; 4.3.2. O conteúdo da fundamentação; 4.3.3. A fundamentação e a coisa julgada material; 4.3.4. A decisão sem motivação; 4.4. Dispositivo: 4.4.1. Conceito; 4.4.2. A teoria dos capítulos de sentença; 4.4.3. Repercussões da teoria dos capítulos de sentença – 5. Requisitos da decisão judicial: 5.1. A congruência da decisão judicial; 5.2. A congruência externa: 5.2.1. Introdução: a abrangência dos arts. 128 e 460, CPC; 5.2.2. A congruência objetiva: 5.2.2.1. Decisão *ultra petita*; 5.2.2.2. Decisão *extra petita*; 5.2.2.3. Decisão *citra petita*; 5.2.3. A congruência subjetiva; 5.3. A congruência interna: 5.3.1. Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido; 5.3.2. Certeza (art. 460, p. ún., CPC); 5.3.3. Liquidez; 5.3.4. Clareza e coerência – 6. Decisões objetivamente e/ou subjetivamente complexas – 7. Decisões definitivas e decisões provisórias. Decisões de mérito e decisões de admissibilidade (decisões terminativas) – 8. A decisão e o fato superveniente (art. 462, CPC) – 9. A decisão que acolhe exceção substancial dilatória – 10. Conteúdo da sentença: 10.1. Conteúdo e efeitos: distinção; 10.2. Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo: 10.2.1. Introdução; 10.2.2. Decisões condenatórias; 10.2.3. Decisões constitutivas; 10.2.4. Decisões meramente declaratórias – 11. Efeitos da decisão judicial: 11.1. Eficácia principal; 11.2. Eficácia reflexa; 11.3. Eficácia anexa (eficácia de fato): 11.3.1. Generalidades; 11.3.2. Hipoteca judiciária; 11.4. Eficácia probatória – 12. Decisão determinativa – 13. Publicação, retratação e integração da decisão. 14. Interpretação da decisão judicial

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O CPC, nos artigos 458-466-C, cuida de regram a “sentença”. “Sentença”, neste caso, é termo que designa, por metonímia, qualquer decisão judicial, seja qual for a sua espécie; “sentença”, neste sentido, é *gênero*. Em diversos momentos o CPC refere-se a “sentença” nesta acepção (arts. 467 e 485 do CPC, p. ex.). A CF/88, ao cuidar das decisões do STF, refere-se a “sentenças” (art. 102, I, “m”), quando, rigorosamente, seriam “acórdãos” (art. 163 do CPC).

Sucede que o mesmo CPC, em outro momento (art. 162, § 1º), vale-se do termo “sentença” para designar uma *espécie* de decisão judicial.

Este capítulo cuida da “decisão judicial”, seja qual for a sua espécie; examinará, assim, a “sentença”, termo entendido em sentido amplo como sinônimo de decisão judicial. Preferimos, então, designá-lo de “teoria da decisão judicial”, para evitar mal-entendidos, embora reconheçamos que, usualmente, esse assunto vem tratado nos livros sob a rubrica “sentença”.

2. SISTEMATIZAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS

2.1. Introdução: conceito e classificação dos pronunciamentos judiciais

A principal razão para proceder-se a uma sistematização dos pronunciamentos judiciais está na necessidade de organizar o sistema recursal. Daí a legítima

preocupação do legislador de estabelecer os conceitos de cada um dos tipos de pronunciamentos judiciais (arts. 162 e 163, CPC) e a preocupação da doutrina em aperfeiçoá-los.

Pode-se dizer que, dos atos que o juiz pratica no processo, os pronunciamentos judiciais são aqueles pelos quais o magistrado *(i)* decide uma questão ou *(ii)* simplesmente impulsiona o procedimento, fazendo com que ele avance em suas fases. À primeira espécie de pronunciamento judicial, que tem conteúdo decisório, dá-se o nome de *decisões lato sensu*; à segunda, que não tem conteúdo decisório, dá-se o nome de *despachos*.

Os pronunciamentos judiciais que têm conteúdo decisório (*decisões lato sensu*) podem ser classificados em duas espécies: *(i.1)* decisões proferidas pelo juízo singular e *(i.2)* decisões proferidas por um órgão colegiado (o tribunal, mediante um dos seus órgãos fracionários). Para facilitar a compreensão, cada uma dessas espécies de pronunciamentos judiciais será analisada em separado.

Os despachos são pronunciamentos judiciais sem conteúdo decisório que tanto podem ser proferidos pelo juízo singular quanto pelo órgão colegiado.

2.2. As decisões proferidas pelo juízo singular

As decisões proferidas pelo juízo singular *(i.1)* podem ser subdivididas em *sentenças* e *decisões interlocutórias*.

O art. 162, CPC, tenta fazer uma sistematização dos atos do juízo singular. Antes da Lei Federal n. 11.232/2005, o seu § 1º dispunha que “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. No entanto, a referida Lei n. 11.232/2005 alterou a redação desse parágrafo, que passou a dispor que “sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

Cuida o Código de Processo Civil, nos artigos 267 e 269, das hipóteses de extinção do processo, sem e com resolução do mérito, respectivamente. A atual redação do § 1º do art. 162 relaciona esses artigos à sentença, levando ao entendimento de que toda decisão judicial que tenha por conteúdo uma das hipóteses previstas nesses artigos será uma sentença.

Não é bem assim, porém.

Não foi boa essa mudança.

O conceito de sentença tem bastante relevância: é com base nele que se saberá qual o recurso cabível, pois, de acordo com o nosso código, da sentença cabe, em regra, apelação (art. 513 do CPC) e da decisão interlocutória cabe, em regra, agravo (art. 522 do CPC).

O objetivo da alteração do texto foi ressaltar que a sentença não mais extingue o processo, tendo em vista que toda *sentença de prestação* (sentença que reconhece a existência de um direito a uma conduta material consistente num fazer, não-fazer, na entrega de coisa ou pagamento de quantia) agora dá ensejo à execução imediata, sem necessidade de instauração de um outro processo (de execução) com esse objetivo. É por isso que também foi alterado o art. 463 do CPC¹, para retirar a menção que se fazia ao “encerramento da atividade jurisdicional” com a prolação da sentença. De fato, proferida a sentença, o juiz não mais encerra a sua atividade jurisdicional, pois deverá continuar a atuar, só que agora na fase executiva.

Note-se, ainda, que, antes dessa lei, há tempos, as sentenças que impunham obrigação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro também já não encerravam o processo (arts. 461 e 461-A, CPC), visto que a sua execução, conforme se verá mais adiante, já poderia ser buscada no mesmo processo em que a obrigação fora certificada, e nem por isso houve a necessidade de reforma do conceito legal de sentença previsto no § 1º do art. 162 do CPC. Não consta que tenha havido qualquer problema prático na manipulação daquele conceito. Não havia dúvidas. Certamente impressionado com a remodelação da execução da sentença que determina pagamento de quantia, agora também realizada como fase de um processo sincrético (e não mais se exigindo, como se exigia até então, o ajuizamento de um processo autônomo, denominado de “processo de execução”), o legislador reformista houve por bem redefinir o que é sentença. Não agiu bem, repita-se.

Não bastasse isso, deve-se ver que, mesmo não se tratando de decisão que impõe uma prestação, a sentença nem sempre *encerrará* toda a fase do procedimento, quer porque *pode* haver recurso, a prolongar o processo, instaurando a segunda instância de julgamento, quer porque, sendo demanda de competência originária de tribunal, o ato que porá fim ao procedimento será acórdão ou decisão de relator, e não sentença, decisão proferida em juízo singular. Obviamente, é possível designar toda e qualquer decisão judicial de “sentença” (sentença como sinônimo de decisão judicial), mas não é esse o sentido do § 1º do art. 162 do CPC, que se refere a uma determinada modalidade de decisão judicial, com o claro objetivo de organizar o sistema recursal.

Não se pode, a despeito da literalidade do texto normativo, identificar o que seja “sentença” pelo seu conteúdo. Isto porque nem toda decisão que tiver por conteúdo uma das hipóteses dos arts. 267 e 269 do CPC terá por efeito a extinção do procedimento. Eis alguns exemplos de decisões que aplicam os mencionados artigos e não encerram o procedimento: *i*) decisão que indefere parcialmente a petição inicial (inciso I do art. 267); *ii*) decisão que reconhece a decadência de um dos pedidos cumulados (art. 269, IV); *iii*) decisão que exclui um litisconsorte por ilegitimidade (art. 267, VI) etc. São exemplos de decisão interlocutória, pois resolvem uma questão sem pôr fim ao procedimento em primeira instância de

1. Art. 463. “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la”.

juízo. Sendo decisões interlocutórias, podem ser impugnadas por agravo (art. 522 do CPC).

Essa constatação é a que mais nos preocupa: pela redação do § 1º do art. 162, sentença se define pelo seu conteúdo; sucede que o conteúdo que se diz próprio de sentença não lhe é exclusivo, pois, como visto, pode estar relacionado a uma decisão que não encerra o procedimento – e, portanto, não pode ser sentença, ao menos em relação ao direito positivo brasileiro.

Em que pese a alteração legislativa, é preciso continuar compreendendo a sentença como o ato que, analisando ou não o mérito da demanda, encerra uma das etapas (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância. O encerramento do procedimento fundar-se-á, como se disse, ora no art. 267, ora no art. 269 do CPC – isso é certo. Mas não há como retirar da noção de sentença – ao menos até que se reestruture o sistema recursal – a ideia de encerramento de instância².

O procedimento da apelação, recurso cabível contra sentença, foi estruturado a partir da premissa de que a instância já se encerrara. O do agravo, recurso cabível contra decisão interlocutória, pressupõe que o procedimento continua em primeira instância. Uma interpretação literal do § 1º do art. 162 poderia levar o aplicador a entender cabível uma apelação contra a decisão que indefere parcialmente a petição inicial, pois é decisão que se relaciona ao art. 267 do CPC – e, assim, de acordo com a literalidade da lei, seria sentença, portanto apelável (art. 513 do CPC). Quem tem um mínimo de experiência perceberá a inviabilidade da apelação em tais situações: como os autos poderão subir ao tribunal, se o procedimento ainda há de prosseguir para a solução do restante do objeto litigioso?

A alteração do § 1º do art. 162 do CPC não alterou o sistema recursal brasileiro. É preciso que o intérprete perceba isso, caso contrário essa opção legislativa terá um grave efeito colateral de criar discussões jurisprudenciais/doutrinárias bizantinas acerca do recurso cabível contra essa ou aquela decisão, revivendo, agora como farsa, as célebres polêmicas doutrinárias havidas à época da vigência do CPC/39 – as quais ALFREDO BUZARD tentou, com certo êxito, resolver no CPC/73. Seria retrocesso de mais de trinta anos.

É por isso que se deve ter muito cuidado com a terminologia. Os arts. 267 e 269 não prevêem hipóteses em que necessariamente o processo será extinto nem

2. Assim, também, GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 31; ARAÚJO, José Henrique Mouta. “O cumprimento da sentença e a 3ª etapa da reforma processual – primeiras impressões”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT. 2005, n. 123, p. 156-158.

estabelecem matérias que sejam exclusivas de sentença³, a despeito da redação do § 1º do art. 162 do CPC. Esses dispositivos identificam o conteúdo de certas decisões judiciais, determinando quando se considera que há e que não há exame do mérito da causa, o que é importante, do ponto de vista prático, para que se saiba se a decisão pode ou não pode ficar protegida pela coisa julgada. Somente as decisões de mérito ficam acobertadas pela coisa julgada material.

Quanto às *decisões interlocutórias*, diz o § 2º do art. 162 do CPC, cuja redação não foi alterada pela Lei n. 11.232/2005, que “é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. Mais uma vez a redação não é feliz, porque o legislador procura definir esse tipo de decisão de acordo com o tipo de questão que ela resolve (questão incidente), levando a crer, também aqui, que ela se distingue da sentença pelo seu conteúdo, o que não é verdade.

Questão incidente, como já se viu no volume 1 deste Curso, no capítulo relativo à cognição judicial, é aquela que deve ser necessariamente resolvida para que uma outra questão, dita principal, possa ser decidida. É questão cuja solução comporá a fundamentação da decisão sobre a questão principal. Questão principal, por sua vez, é aquela sobre a qual se pede uma decisão, é a questão que compõe o *thema decidendum*, o objeto litigioso do procedimento.

Pois bem. De acordo com o disposto no § 2º do art. 162 do CPC, não seria possível que uma decisão interlocutória resolvesse questão principal, o que não é verdadeiro. Versa sobre questão principal (questão de mérito), por exemplo, a decisão interlocutória que (i) defere ou indefere pedido de concessão de tutela antecipada, (ii) indefere liminarmente um dos pedidos cumulados na inicial por entendê-lo prescrito e (iii) resolve parcela incontroversa da demanda, na forma do art. 273, § 6º, do CPC.

Sendo assim, como conclusão deste tópico, tem-se que, a despeito das incorreções técnicas da lei e da reforma por que ela passou, *decisão interlocutória* é o pronunciamento pelo qual o juiz resolve questão (incidente ou principal, pouco importa) sem pôr fim ao procedimento em primeira instância ou a qualquer de suas etapas. Já a *sentença* é o pronunciamento pelo qual o juiz, analisando ou não

3. Adroaldo Furtado Fabrício denomina essas situações, em que o magistrado decide com base nos arts. 267 ou 269 do CPC, mas não extingue o processo, de extinção imprópria do processo. “Dizemo-la imprópria porque a denominação não se ajusta ao conteúdo conceitual, nem se compatibiliza, do ponto de vista semântico, com a continuação do processo que aí ocorre. Extinção contém a ideia de encerramento, término, ponto final. E, no caso, tal não se dá, pois o processo deve prosseguir sua marcha. Trata-se, pois, de extinção impropriamente dita – ou, mais simplesmente, extinção imprópria”. (“Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.)

o mérito da causa, põe fim a uma etapa (cognitiva ou executiva) do procedimento em primeira instância.

2.3. As decisões proferidas em órgão colegiado

As decisões proferidas em órgão colegiado (*i. 2*) podem ser subdivididas em *acórdãos* e *decisões unipessoais*.

Acórdão é o pronunciamento judicial com conteúdo decisório proferido por um órgão colegiado (art. 163, CPC), seja ele um tribunal ou uma turma recursal. Recebe este nome porque para a sua formação concorrem as vontades dos vários membros que compõem o órgão colegiado. Assim, denomina-se de acórdão a decisão proferida, por exemplo, por qualquer dos órgãos fracionários que compõem um tribunal (Câmaras, Turmas, Seções, Corte Especial, Pleno etc.).

Por vezes, contudo, a lei ou mesmo o regimento interno do tribunal confere a apenas um dos membros do colegiado a competência para a análise de determinadas questões. Nesses casos, é possível que apenas um dos membros do colegiado profira uma decisão. Tem-se aí a *decisão unipessoal*, que é o pronunciamento proferido por apenas um dos membros do órgão colegiado, nos casos em que o admite a lei ou o regimento interno do tribunal.

Essa competência para decidir sozinho pode ser atribuída (*a*) ao Presidente ou ao vice-Presidente do tribunal, como acontece nos casos do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário (arts. 541 a 544, CPC) e da competência para analisar o pedido de suspensão de segurança (art. 4º da Lei 8.437/92); (*b*) ou ao relator de um recurso, da remessa necessária, de um incidente ou de uma ação de competência originária do tribunal.

Nos casos em que se atribui competência ao relator, a decisão por ele proferida poderá ser *interlocutória* ou *final*.

Haverá *decisão unipessoal interlocutória do relator* quando o pronunciamento não tiver aptidão para pôr fim ao procedimento naquela instância. É o que se dá, por exemplo, com a decisão que concede efeito suspensivo ou tutela antecipada em agravo de instrumento (art. 527, III, CPC), ou mesmo a que o converte em agravo retido (art. 527, II, CPC), bem como com as decisões pelas quais o relator concede ou nega tutela antecipada ou tutela cautelar em ação originária, como o mandado de segurança ou a ação rescisória.

Haverá, por outro lado, *decisão unipessoal final do relator* quando o pronunciamento tiver aptidão para, se não for atacado por recurso no momento próprio, pôr fim ao procedimento naquela instância. São exemplos: *i*) a decisão do relator que não conhece determinado recurso ou que, liminarmente, lhe nega provimento (art.

557, *caput*, CPC), *ii*) a decisão que dá provimento ao recurso liminarmente (art. 557, §1º-A, CPC), *iii*) a decisão pela qual o relator indefere totalmente a petição inicial de uma ação rescisória ou de um mandado de segurança de competência originária do tribunal.

3. A SENTENÇA COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

O fenômeno de atuação dos enunciados normativos no plano social comporta três momentos distintos⁴: *(i)* o da formulação abstrata dos preceitos normativos; *(ii)* o da definição da norma para o caso concreto; *(iii)* o da execução da norma individualizada.

O primeiro momento (formulação abstrata dos preceitos normativos) é tarefa que cabe exclusivamente ao Estado. Já a definição da norma concreta (a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência da norma abstrata), bem como a sua execução (transformação efetiva em fatos e comportamentos) são atividades que não demandam, necessariamente, atuação estatal.

Ao comprar uma revista numa banca, os sujeitos já identificam a norma jurídica individualizada (referente ao contrato de compra e venda), que é a que vai reger a sua relação jurídica; se o pagamento é feito e a coisa é entregue, ali já se promove a execução da norma individualizada. Tudo isso espontaneamente, sem necessidade de atuação estatal.

Quando, porém, a definição da norma individualizada ou a sua execução não se desenvolvem voluntariamente, há necessidade de intervenção estatal, o que se dá através da atuação do Estado-juiz – salvo, obviamente, se as partes submetem a definição desta norma individualizada à arbitragem, ou se trata de caso em que se admite a autotutela. Por exemplo: num acidente de trânsito, os envolvidos atribuem um ao outro a culpa pela superveniência da colisão, ou simplesmente discutem sobre os danos efetivamente causados. Aquele fato da vida ocorreu, sofreu incidência da norma jurídica abstrata, o que lhe atribuiu aptidão para gerar efeitos jurídicos. Só que um dos sujeitos enxerga a norma individualizada de uma forma e o outro, de outra. Controvertem, pois, quanto à sua identificação. Surgida esta crise de identificação, o Poder Judiciário, mediante atividade cognitiva, definirá, por sentença – palavra aqui utilizada em sentido amplo –, o conteúdo da norma jurídica individualizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e seu objeto.

4. Baseado em ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*. 3 ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 24 e seguintes.

Daí se dizer que a sentença é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente *norma individual*, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais⁵.

Quando o juiz dá uma *interpretação à lei conforme à Constituição* ou a reputa inconstitucional, ele cria uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão. A expressão “norma jurídica” aqui é utilizada num sentido distinto daquele utilizado linhas atrás. Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da *interpretação* do texto da lei e do *controle* de constitucionalidade exercido pelo magistrado.

Como se disse, ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a lei que se lhes aplica. Identificada a lei aplicável, ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento. É nessa parte dispositiva que se contém a *norma jurídica individualizada*, ou simplesmente *norma individual* (= definição da norma para o caso concreto; solução da crise de identificação).

5. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006, v. 1, p. 90-97.

A norma jurídica criada e contida na *fundamentação* do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, tema que será abordado mais adiante. Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto”⁶, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto”⁷.

Assim, de acordo com a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI, “se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto”⁸.

Note que, em ações coletivas que veiculam direitos individuais homogêneos, a norma jurídica individualizada criada pela decisão judicial é, também, uma norma geral, exatamente porque serve como suporte normativo para as pretensões individuais que, com base nela, serão veiculadas nas respectivas ações de liquidação. Não deixa de ser, por isso, uma norma individualizada, porquanto certifique a relação jurídica existente entre o réu da ação coletiva e a coletividade das vítimas.

4. ELEMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL

4.1. Introdução

O art. 458 do CPC dispõe sobre o que chama de *requisitos* essenciais da sentença. Segundo lição de BARBOSA MOREIRA, “requisitos são qualidades, atributos, que se expressam mediante adjetivos. Na verdade, o art. 458 trata de *elementos*, de partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão”⁹. A rigor, os três elementos são exigidos, em conjunto, apenas nas *sentenças* e *acórdãos* (art. 165, CPC).

6. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

7. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 97.

8. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 99.

9. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117. O grifo consta no texto original. Também nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 431-432.

4.2. Relatório

Em sua decisão, o magistrado precisa relatar os fatos da causa. *Relatório* é o histórico do que de relevante aconteceu no processo¹⁰. Trata-se de elemento que deve integrar apenas as *sentenças* e os *acórdãos*, sendo dispensado nos demais casos (art. 165, CPC).

Nitidamente, a intenção do legislador é exigir uma demonstração de que o magistrado efetivamente conhece a história do processo sobre cujo objeto litigioso irá decidir. É fundamental, portanto, que indique os nomes das partes, a súmula do pedido, da causa de pedir e da resposta apresentada pela parte demandada (art. 458, I, CPC). Importante ainda que aponte os principais fatos ocorridos no processo, como a apresentação de réplica, a intervenção de terceiro, a apresentação de parecer pelo Ministério Público, as ocorrências havidas nas audiências, os fatos fixados como controvertidos, as provas requeridas, admitidas e produzidas pelas partes e tudo o mais que houver e for relevante.

Trata-se, contudo, de elemento que vem sendo, paulatinamente, dispensado. O art. 38 da Lei Federal n. 9.099/95, por exemplo, dispensa o relatório nas sentenças proferidas nos juizados especiais cíveis. Também a jurisprudência vem mitigando a exigência do relatório mesmo nas sentenças proferidas no procedimento comum ordinário, dispondo que a sua ausência não dá ensejo à invalidade da decisão acaso disso não resulte prejuízo para as partes. Admite-se, também, a validade das decisões em que o magistrado se reporta ao relatório feito em outra decisão do processo, desde que isso, igualmente, não gere nenhum prejuízo às partes¹¹ – é o chamado relatório *per relationem*¹².

4.3. Fundamentação

4.3.1. A legitimação da atividade jurisdicional e a regra da motivação

Como se viu no capítulo sobre teoria geral da prova, já é pacífico o entendimento de que o convencimento judicial está fundado, sempre ou quase sempre, num juízo de verossimilhança. Esse entendimento se funda na ideia de que a “verdade” é um ideal inatingível. Por conta disso, prevalece a ideia de que o que

10. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 66.

11. Ver, por exemplo: STJ, AG n. 451747, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.07.2002, publicado no DJ de 15.08.2002; STJ, AG n. 344.593, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.03.2001, publicado no DJ de 03.04.2001. Neste último julgado, a relatora afirma que “Se é possível aquilatar os fatos e as razões do indeferimento da inicial, afasta-se a alegação de nulidade por ausência de relatório”.

12. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 660.

se busca no processo é a verdade mais próxima possível da real, ou simplesmente a “verdade possível”¹³, assim entendida aquela necessária e suficiente para que o juiz profira sua decisão de forma justa.

Tendo em vista, pois, que o convencimento judicial normalmente está fundado em um juízo de verossimilhança (ou na ideia da “verdade possível”), dada a impossibilidade material de alcançar-se efetivamente a “verdade”, impõe-se que o magistrado dê legitimidade à sua tarefa. É aí que surge a necessidade da justificação quanto à formação da sua convicção e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão. “A motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção e da decisão”.¹⁴

Segundo lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “el Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia”.¹⁵

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. A própria Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada e, fugindo um pouco à sua linha, normalmente principiológica e descritiva, prescreve norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões judiciais desmotivadas¹⁶. Ainda, porém, que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, a regra da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito.¹⁷

O art. 308 do Código de Processo Civil do Estado da Bahia impunha expressamente a necessidade de motivação: “Os motivos precisos da decisão, tanto de facto, como de direito, devem ser escrupulosamente consignados na sentença”.¹⁸

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função.

Primeiramente, fala-se numa *função endoprocessual*, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o

13. “A tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade possível, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 147-148).
14. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 457.
15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.
16. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 176.
17. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de Direito Processual – 2ª série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7, p. 88-90. O próprio BARBOSA MOREIRA lembra que “una excepción curiosa es el derecho norteamericano: en los Estados Unidos, hasta la Corte Suprema, en ciertos casos, emite decisiones no fundamentadas” (“Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 108).
18. ESPÍNOLA, Eduardo. *Código do Processo do Estado da Bahia Anotado*. Bahia, 1916, vol. 1, p. 577.

convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlara decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Conforme lição de SÉRGIO NOJIRI, “fica claro que os aspectos endoprocessuais são insuficientes para revelar todas as facetas que o dever de fundamentar as decisões judiciais implica. Se acaso a fundamentação só se prestasse para que os juízes de instância superior pudessem melhor conhecer as razões pelas quais um juiz de instância inferior decidiu desta ou daquela forma, não haveria necessidade de se fundamentar uma decisão de última instância, o que, vimos, não é verdadeiro”¹⁹.

Fala-se ainda numa *função exoprocessual ou extraprocessual*, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.

Eis o pensamento de TARUFFO, “os destinatários da motivação não seriam somente as partes, os seus advogados e o juiz de instância superior (dell’impugnazione), mas também a opinião pública compreendida seja em sua complexidade, seja como opinião de *quisque de populo*. A conotação política desta mudança de perspectiva é evidente: a ótica ‘privada’ do controle exercido pelas partes e a ótica ‘burocrática’ do controle feito pelo juízo superior são integradas na ótica ‘democrática’ do controle que deve ser exercido por aquele mesmo povo, em cujo nome a sentença foi deferida”²⁰.

4.3.2. O conteúdo da fundamentação

É na fundamentação que o magistrado resolve²¹ as questões incidentais, assim entendidas aquelas que devem ser solucionadas para que a questão principal (o objeto litigioso do processo) possa ser decidida. Daí se vê que é exatamente aqui,

19. NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998, p. 32. Assim, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, in *Temas de Direito Processual – 2ª série*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, n. 7, p. 90.

20. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 407, tradução livre. No original: “i destinatari della motivazione no siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*. La connotazione politica di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica ‘privatistica’ del controllo esercitato dalle parti e l’ottica ‘burocratica’ del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica ‘democratica’ del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”.

21. Não só as *analisa*, tal como sugere a redação do art. 458, II, do CPC; ele as *resolve* (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 118).

na motivação, que o magistrado deve apreciar e resolver as questões de fato e de direito que são postas à sua análise.

Inicialmente, deve apreciar as questões processuais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício e que eventualmente não tenham sido resolvidas em momento anterior. Se houver qualquer vício formal que impeça a análise do mérito, e desde que não se possa sanar esse vício, caberá ao juiz decretar a inadmissibilidade do procedimento, caso em que, em regra, extinguirá o processo sem exame de mérito²². A decretação da inadmissibilidade será feita no dispositivo da decisão – elemento estrutural sobre o qual se falará mais adiante. Antes, porém, deve o julgador fundamentar a sua conclusão e, nesses casos, admite-se que a motivação seja sucinta (art. 459, CPC).

Como visto no v. I deste *Curso*, há forte corrente doutrinária (MIGUEL TEIXEIRA E SOUSA, JOSÉ ROBERTO BEAQUE, LUIZ GUILHERME MARINONI etc.), a que nos filiamos, que entende ser possível que o magistrado supere a falta de um requisito processual de validade, se puder decidir do mérito a favor daquele que se beneficiaria com a decisão de invalidade (art. 249, § 2º, CPC). Quebrar-se-ia, então, o dogma da primazia lógica da análise dos pressupostos processuais em relação ao mérito. Sobre o tema, recomenda-se a leitura do capítulo sobre as nulidades processuais, no v. I deste *Curso*.

Não havendo questões processuais a resolver, ou tendo apreciado e rejeitado aquelas que se apresentaram, deve o magistrado passar à análise dos fundamentos de fato da demanda e da defesa, bem como das provas produzidas no processo por iniciativa das partes ou do próprio julgador²³. Analisar questão de fato é, sobretudo, analisar as provas aportadas ao processo²⁴. É aqui, por exemplo, que o julgador deve analisar se estão presentes os elementos que dão ensejo à responsabilidade civil subjetiva extracontratual (conduta, culpa, nexo e dano), numa ação indenizatória, bem como a relação de parentesco e a questão relativa à necessidade/possibilidade, na demanda por alimentos.

Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. É bastante comum que o juiz, por exemplo, julgando *procedente*

22. “Nem sempre o juízo de inadmissibilidade implica extinção do processo, como nas hipóteses de inadmissibilidade parcial do procedimento ou inadmissibilidade de procedimento incidental (reconvenção, por exemplo). Do mesmo modo, a inadmissibilidade decorrente da incompetência também não implica, como regra a extinção do processo” (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, cit., p. 298).

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 120.

24. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Prueba y motivación de la sentencia”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 111.

um pedido, fundamente a sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos e provas produzidos pelo *autor*. Isso, porém, não é correto. É imprescindível que se indique também *por que* as alegações e provas trazidas pela parte *derrotada* não lhe bastaram à formação do convencimento. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, analisando sob a perspectiva substancial²⁵: não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado. Além disso, o julgador deve expor na sua decisão os motivos por que tais argumentos e provas não o convenceram. “A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal”²⁶. Isso é importante até para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável.²⁷

Sobre o ponto, são irrepreensíveis as palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI e de SÉRGIO CRUZ ARENHART, para quem “embora o que ocorre na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram. (...) é preciso eliminar a ideia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor”.²⁸

Importante o conselho de BARBOSA MOREIRA, segundo o qual devem ser evitadas “referências genéricas e não justificadas, do tipo: ‘a prova produzida pelo autor não convence’. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar *por que* não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma: ‘as alegações do réu não ficaram comprovadas’, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido”.²⁹

Na análise do material probatório, o magistrado deve, antes mesmo de verificar se há uma ligação entre a prova produzida e a alegação de fato que ela visa

25. Sobre o assunto, ver o v. 1 deste *Curso*, capítulo sobre os princípios constitucionais do processo.

26. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 175.

27. A despeito disso, o STJ já decidiu que “a reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação” (Corte Especial, EREsp n. 1.021.851/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 28.06.2012, publicado no DJe 04.10.2012).

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

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121.

demonstrar, avaliar a própria credibilidade da prova³⁰. Entendendo que ela carece de credibilidade – por exemplo, porque a testemunha fôï contraditória em seu depoimento ou porque o perito não demonstrou apuro técnico em sua investigação pericial –, deve expor essa circunstância, cuidando de apontar os elementos que o levaram a tal conclusão.

Nos casos em que tenha havido, no processo, produção das chamadas provas indiciárias ganha ainda mais relevo a necessidade de justificação que se impõe ao julgador, na medida em que esse tipo de prova, como se viu no capítulo relativo à teoria geral das provas, é dirigido à demonstração de fatos secundários (indícios) que apontam para a existência ou inexistência de um fato principal, assim entendido aquele cuja ocorrência, efetivamente, se pretende demonstrar. A conclusão acerca da existência, ou não, desse fato principal decorre de atividade intelectual do julgador (presunção), a partir da observação do que normalmente acontece (regras de experiência). Importante, assim, que o magistrado exponha o caminho trilhado para chegar à conclusão acerca do fato principal, baseando-o nos elementos indiciários, a fim de que se possa controlar essa sua atividade.

Se o magistrado observa que um determinado fato, ao final da instrução, não ficou comprovado, seja porque as partes não produziram provas que o demonstrassem, seja porque essa demonstração não foi alcançada nem mesmo após a iniciativa probatória oficial do juiz (art. 130, CPC), entram em cena as regras sobre ônus da prova, que, como já visto, são regras de julgamento.

Analisadas as questões de fato e estabelecidas as premissas acerca do que ficou, ou não, demonstrado, cumpre ao magistrado apontar qual o embasamento normativo que incide sobre aquela situação fática, bem como quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraídos. Trata-se da análise das *questões jurídicas* de mérito.

Por se tratar de questões de direito, é possível que delas o julgador conheça até mesmo *ex officio*³¹. Assim, pode ele, por exemplo, dar à situação fática narrada na demanda (e comprovada nos autos) qualificação jurídica diversa daquela proposta pelo autor. É o que ocorre quando o autor ingressa com ação buscando anular negócio jurídico e, como fundamento, alega determinada situação de fato que, a seu ver, configuraria estado de perigo (art. 156, CC); nesse caso, se a situação de fato restar comprovada, mas o magistrado observar que ela se subsume a uma outra hipótese normativa – relativa à lesão, por exemplo (art. 157, CC) –, poderá,

30. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4 ed., cit., p. 464.

31. Ver o capítulo sobre teoria da cognição judicial, no vol. 1 deste Curso.

perfeitamente, acolher o pedido formulado, conferindo àqueles mesmos fatos uma qualificação diversa da que se propusera na inicial, porque a lesão, assim como o estado de perigo, é vício que pode dar ensejo à anulação do negócio (art. 171, II, CC). Toda essa digressão, relativa ao correto enquadramento jurídico dos fatos narrados (e comprovados) nos autos, deverá ser feita na fundamentação da decisão.

Nessa tarefa de aplicar o direito objetivo, averiguando se, efetivamente, houve sub-sunção do fato à norma, não raras vezes o magistrado se depara com dispositivos de lei que trazem expressões vagas, de conteúdo muitas vezes aberto. São os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, como os de “conduta temerária”, “interesse público”, “prova inequívoca”, “preço vil” etc. Isso exige redobrada atenção do julgador no momento de motivar a sua decisão, eis que ele precisa demonstrar, com acuidade, de que forma a situação fática se encaixa no conceito abstrato estabelecido na lei. Não basta que o juiz afirme, por exemplo, que a parte agiu temerariamente, razão por que lhe impõe a multa por litigância de má-fé (art. 17, V, CPC). Conforme lição de BARBOSA MOREIRA, isso seria “mera repetição do texto legal”. E prossegue afirmando que deve o magistrado descer à realidade concreta, explicando o porquê de ter chegado a tal conclusão³². Sobre esse assunto voltaremos a falar no tópico relativo às decisões determinativas.

Cumpra ao julgador também, ao apreciar as questões jurídicas, verificar se dos fatos demonstrados nos autos é possível que sejam extraídas as consequências jurídicas pretendidas pela parte. Nem sempre a demonstração, pela parte, das suas alegações de fato é suficiente para que se lhe possa reconhecer o direito ao acolhimento da sua pretensão. Se a parte autora, por exemplo, narra e comprova que o réu cometera adultério e pede, com base nisso, a anulação do casamento, decerto que o seu pedido será julgado improcedente, porque do fato narrado – ainda que comprovado – não se pode extrair exatamente *esta* consequência (anulação do casamento). A conclusão quanto à improcedência da demanda constará do dispositivo da decisão, mas a digressão acerca da impossibilidade de se extraírem as consequências jurídicas pretendidas, isto é, a exposição do raciocínio jurídico traçado pelo julgador deverá constar da motivação da decisão.

Vale lembrar, ainda, que é também na fundamentação que o órgão jurisdicional deverá deliberar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, acaso a questão seja suscitada pelas partes ou mesmo analisada de ofício – o que é possível, por se tratar, igualmente, de questão de direito. Como cediço, no nosso sistema, qualquer magistrado pode conhecer da questão relativa à inconstitucionalidade de um ato normativo, mas a solução que der a essa questão somente valerá, a princípio, para aquele caso concreto, não se estendendo às

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 120.

peças que não participaram do processo³³. Quando se tratar de decisão proferida por tribunal, a solução acerca da questão da inconstitucionalidade, que comporá a motivação do acórdão, necessariamente tem que ser dada por voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 97, CF).³⁴

São comuns as decisões em que se invocam, na análise das questões jurídicas, tão-somente precedentes jurisprudenciais, mais das vezes transcrevendo-se apenas as respectivas ementas no corpo do julgado. São os chamados “fundamentos *aliunde*”.³⁵ Sobre o assunto, eis o que diz BARBOSA MOREIRA:

“Há juízes que se dão por satisfeitos com dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos que alguma norma legal a declare suficiente, com semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem, de discordar da orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere a ela. Pode fazê-lo sucintamente, quando segue jurisprudência consolidada; todavia, não há de esquecer que o que mais importa é seu próprio convencimento”.³⁶

VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA também entende que uma decisão que se restringe a reportar-se a precedentes jurisprudenciais é inválida³⁷.

Com a possibilidade de edição, pelo STF, de “súmula vinculante” em matéria constitucional (conforme art. 103-A da CF, acrescentado pela EC 45/2004 e regulamentado pela Lei Federal n. 11.417/2006), parece ser lícito ao magistrado, simplesmente, fazer alusão à súmula, quando da análise da questão de direito, mas deverá, antes, demonstrar *se e de que modo* a situação concreta que lhe é posta para julgamento se encaixa na hipótese sobre a qual versa a referida súmula. Aliás, como dispõe o Regimento Interno do STF, a citação de qualquer enunciado da “súmula”, pelo número correspondente, “dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido” (102, § 4º).

33. Nos casos em que a discussão sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo é posta como questão a ser decidida *principaliter*, como objeto do processo, os efeitos dessa decisão se estendem mesmo a quem dele não foi parte. Mas isso somente pode ocorrer por meio das ações de controle concentrado de constitucionalidade, cuja análise compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “a” e § 1º, CF). Há uma tendência, porém, de dar às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade uma eficácia vinculativa, semelhante à que se empresta às decisões em ADIN e ADC. Sobre o tema, ver o capítulo sobre o recurso extraordinário, no v. 3 deste Curso.

34. A questão é solucionada através do chamado “incidente de declaração de inconstitucionalidade”, regulado nos arts. 480 a 482 do CPC. Ver, sobre o assunto, o vol. 3 deste Curso.

35. Cf. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 226.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 121-122.

37. Cf. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 226.

4.3.3. *Afundamentação e a coisa julgada material*

As questões resolvidas na fundamentação da decisão judicial não ficam acobertadas pela coisa julgada material (art. 469, CPC). Por esta razão, tudo o que aí é analisado pelo magistrado pode ser revisto em outros processos, que envolvam as mesmas ou outras partes, não se submetendo os julgadores desses outros processos às soluções alvitadas na motivação das decisões anteriores. A coisa julgada material, conforme se verá no capítulo próprio, torna intangível apenas o conteúdo da norma jurídica concreta estabelecida no *dispositivo* da decisão judicial.

É justamente por isso que a decretação incidental de inconstitucionalidade por um determinado juízo singular não opera efeitos senão em relação às partes envolvidas naquele processo. É também por isso que o reconhecimento, como questão incidental (fundamento), da paternidade numa ação em que se pedem alimentos pode ser objeto de discussão em outro processo, seja como questão principal ou, novamente, como questão incidental.³⁸

Em que pese não ficar acobertada pela coisa julgada material, a fundamentação é extremamente relevante para (i) determinar o seu alcance³⁹ e (ii) determinar, em alguns casos, se a norma jurídica concreta contida no dispositivo da decisão vai, ou não, tornar-se indiscutível pela coisa julgada material.

38. Wilson Alves de Souza, em posição contrária à doutrina majoritária e ao próprio texto de lei, entende que a motivação tem natureza jurídica de decisão, assim como o dispositivo e, por isso: i) quando presente, faz coisa julgada; ii) quando ausente, revela inexistência de decisão. Chega a considerar a motivação mais relevante que o dispositivo - se forçado fosse a graduá-los. Se exposta a motivação, seria possível daí já se imaginar a sua conclusão, ainda que não expressa no dispositivo; mas se só dado o dispositivo, não haveria como aferir, nem por hipótese, qual seria sua fundamentação, e a decisão se reduziria a "ato de pura violência". (SOUZA, Wilson Alves de. *Motivação da Sentença Civil*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 219 ss). De fato, na motivação há uma decisão do juiz sobre a correta interpretação do direito (uma norma geral e abstrata), mas não parece razoável a conclusão de que ela tem aptidão para se tornar imutável. Pode ser precedente para casos os futuros, é verdade, inclusive com força vinculativa, mas nada impede que seja superada jurisprudencialmente (*overruling*).

O autor baiano respalda-se em Savigny que, baseado no direito romano, sustenta que os motivos da decisão transitam em julgado. Diz Savigny que a autoridade da coisa julgada é inseparável dos motivos da sentença, que seriam os elementos da relação de direito litigiosa afirmada ou negada pelo juiz. Uma sentença de "absolvição" do réu, ou seja, de improcedência, por si só seria vazia de conteúdo material se só sobre ela recaísse a coisa julgada; é imprescindível recorrer aos elementos da relação litigiosa para dar-lhe sentido. (*Sistema de derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, Tomo V, p. 224-228).

Diante de tudo isso, conclui Wilson Alves de Souza que o dispositivo, sozinho, não pode ser compreendido, nada significa, é um nada jurídico. Em contrapartida, o mesmo diz da motivação, isoladamente considerada. E sua conclusão é que o núcleo da decisão envolve ambos, que, conjuntamente, fazem coisa julgada. "É o caso que passa em julgado, e saber qual o caso julgado envolve a decisão na sua integralidade (motivação e dispositivo)" (SOUZA, Wilson Alves de. *Motivação da sentença civil*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 223 e 224).

39. Segundo Liebman, "os motivos da sentença não constituem objeto da coisa julgada, mas devem ser tomados em consideração para se entender o verdadeiro e completo alcance da decisão" (LIEBMAN, Enrico Tullio. "Limites objetivos da coisa julgada", in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bestbook, 2004, p. 109).

Há situações em que, por determinação legal, uma decisão somente faz coisa julgada material se no processo em que ela foi proferida houve esgotamento dos meios de prova. São os casos em que a coisa julgada se dá *secundum eventum probationis*. Assim, se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas, a norma concreta estabelecida no dispositivo não terá aptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada material. É o que ocorre, por exemplo, na ação civil pública (art. 16, Lei n. 7.347/85), na ação popular (art. 18, Lei n. 4.717/65) e nas ações coletivas para defesa de direitos difusos ou coletivos (art. 103, I e II, CDC). Em todos esses casos, portanto, a decisão de improcedência da demanda não faz coisa julgada material se está fundada na ausência de provas das alegações de fato do autor.

Embora a fundamentação não fique indiscutível pela coisa julgada material, é preciso recordar o que foi visto no item anterior: o “efeito vinculativo” que se busca retirar de um precedente judicial está relacionado à fundamentação da decisão paradigma; é o que foi decidido na fundamentação que poderá ser vinculativo para outras situações semelhantes; é a norma geral criada na fundamentação que poderá ser “sumulada”, e, portanto, aplicável a outras situações. Como se vê, o efeito do precedente não se restringe às partes do processo em que ele se originou. A eficácia do precedente é sempre *erga omnes*: qualquer sujeito, mesmo que não tenha participado do processo, pode beneficiar-se do precedente como também pode ser prejudicado, caso o precedente não lhe seja favorável.⁴⁰

Além disso, cumpre lembrar a *eficácia da intervenção*, examinada no v. I deste *Curso*, e prevista no art. 55 do CPC: o assistente simples fica vinculado à fundamentação da decisão proferida contra o assistido. Não fica vinculado à coisa julgada, até porque ela não lhe diz respeito, mas fica submetido à “justiça da decisão”, ou seja, às questões resolvidas na motivação da decisão proferida no processo em que interveio.

Não confunda, portanto: *coisa julgada* (incide sobre o conteúdo da decisão, o dispositivo), *efeito vinculativo do precedente judicial* (aplicação da *ratio decidendi* de uma decisão, encontrável na fundamentação, a outra situação semelhante) e *eficácia da intervenção*, preclusão a que se submete o assistente simples, que o impede de discutir, em outro processo, os fundamentos da decisão proferida contra o assistido.

40. Bem percebeu o ponto POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 176-178.

	COISA JULGADA	EFICÁCIA DA INTERVENÇÃO	EFICÁCIA VINCULATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL
Limite objetivo	Dispositivo da decisão – norma jurídica individualizada	Fundamentação de fato e de direito da decisão	<i>Ratio decidendi</i> – norma jurídica geral (fundamentação da decisão)
Limite subjetivo	<i>Inter partes</i> , como regra (art. 472, CPC)	Assistente simples (art. 55, CPC)	<i>Erga omnes</i>
Instrumentos de controle	Ação rescisória, <i>querela nullitatis</i> , desconstituição de sentença inconstitucional (art. 475-L, § 1º, e 741, par. ún., CPC) e a correção de erro material	<i>Exceptio male gestis processus</i> (art. 55, I e II, CPC)	Preventivo: intervenção do <i>amicus curiae</i> antes da formação do precedente (arts. 482, §§ 1º, 2º e 3º, e 543-A, § 6º, CPC) Repressivo: mecanismos de superação (<i>overruling</i>) do precedente, como, p. ex., o pedido de revisão de enunciado de súmula vinculativa do STF (art. 3º, Lei n. 11.417/2006)

Finalmente, conforme será visto no capítulo sobre coisa julgada, o exame da fundamentação da decisão também é relevante no estudo da eficácia civil coisa julgada penal, cujos limites não prescindem do exame da fundamentação da sentença penal.

4.3.4. A decisão sem motivação

Como já se disse, a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo “*presentes os pressupostos legais, concedo a tutela antecipada*”, ou simplesmente “*deiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos*”, ou ainda “*indefiro o pedido, por falta de amparo legal*”.

Essas decisões não atendem à exigência da motivação: trata-se de tautologias⁴¹, que, exatamente por isso, não servem como fundamentação. O magistrado tem necessariamente que dizer *por que* entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer *de que modo* as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também, como já se viu, *por que* as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que “ingressar no exame da situação concreta posta à

41. Na terminologia filosófica tradicional, tautologia “significa genericamente um discurso (em especial, uma definição) vicioso porquanto inútil, visto repetir na consequência, no predicado ou no *definiens* o conceito já contido no primeiro membro”. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. trad. da 1 ed. coordenada e revista por Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 939.)

sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento”⁴².

Em hipóteses como essa, CALMON DE PASSOS sugere que se “consulte uma sibila, para desvendar o pensamento do magistrado. Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada”⁴³.

Tem-se admitido como válida a decisão em que o magistrado se reporta, em seus fundamentos, a um outro ato do processo (uma outra decisão ou um parecer, por exemplo). É a chamada motivação *per relationem*⁴⁴. O próprio legislador prevê hipótese em que “se a sentença for confirmada pelos seus próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão” (art. 46, *in fine*, Lei Federal n. 9.099/95), admitindo expressamente a possibilidade, nos juizados, de utilização da motivação por referência⁴⁵. A motivação *per relationem*, contudo, deve ser vista como uma exceção, da qual se pode valer o julgador em homenagem à economia processual e desde que: *a*) não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, *b*) a peça processual à qual se reporta a decisão esteja *substancialmente* fundamentada⁴⁶, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, *c*) a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes.

Muito útil como parâmetro para identificação de decisões não-fundamentadas, o art. 476, parágrafo único, do substitutivo do projeto do novo CPC, Sen. Valter Pereira, que ora tramita no Congresso Nacional: “Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Questão importante é saber qual a *consequência* da ausência de fundamentação.

Há quem defenda que a decisão sem motivação é uma não-decisão. A falta de motivação implicaria inexistência de decisão – diversamente da motivação

42. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5 ed., cit., p. 176. Também nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 121.

43. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 3, p. 40.

44. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 121.

45. O STF reconheceu a constitucionalidade do § 5º do art. 82 da Lei n. 9.099/95, que tem a mesma redação do art. 46, 2ª parte (STF, 1ª T., HC 86533/SP. rel. Min. Eros Roberto Grau, j. em 08.11.2005, publicado no DJ de 02.12.2005, p. 13).

46. Cf. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 5 ed., cit., p. 175.

insuficiente, que seria caso de nulidade. É o caso de MICHELLE TARUFFO, talvez o principal expoente da doutrina que defende a inexistência jurídica de decisão judicial sem motivação.

Sua tese está exposta em célebre trabalho doutrinário⁴⁷. O processualista italiano considera a motivação, tendo em vista a matriz constitucional da exigência, um elemento estrutural necessário dos provimentos jurisdicionais⁴⁸; uma decisão judicial somente pode ser considerada como tal se puder ser controlada – e a exigência de motivação tem exatamente esta finalidade; a motivação é pressuposto da “jurisdicionalidade” (*giurisdizionalità*)⁴⁹.

A percepção de que a motivação também cumpre um papel *extraprocessual* (submeter o exercício do poder ao controle da sociedade) leva à conclusão, afirma o autor, de que a sentença sem motivação não integra o conteúdo mínimo indispensável para que se reconheça um exercício legítimo da função jurisdicional⁵⁰. Muito embora reconheça as controvérsias teóricas sobre as decisões inexistentes, diz que não se poderia dar a esse vício (de natureza constitucional e que diz respeito à própria noção de “jurisdicionalidade”) o mesmo tratamento dado a outros defeitos da decisão, submetidos a recurso por provocação das partes⁵¹. A intenção de MICHELLE TARUFFO é, pelo que se pode constatar do seu belíssimo trabalho, ampliar o leque dos meios de impugnação – defende, então, que se admita o controle da decisão imotivada pela *actio nullitatis* autônoma⁵² – e do prazo para tanto.

Há uma *segunda corrente*, porém, que encara o vício da falta de motivação como apto a autorizar, no máximo, o ajuizamento de ação rescisória. “Mesmo ciente da importância do dever de fundamentar as decisões judiciais”, SÉRGIO NOJIRI entende que a falta de fundamentação implica decisão anulável por recurso ou rescindível no prazo de dois anos após o ajuizamento da ação rescisória. Alicerça a sua conclusão no princípio da segurança jurídica⁵³.

Parece-nos correto este último entendimento.

Para que um fato se subsuma à previsão normativa, é necessário que estejam presentes aquilo que se convencionou chamar de elementos nucleares do suporte

47. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

48. *La motivazione della sentenza civile, cit.*, p. 457-458.

49. *La motivazione della sentenza civile, cit.*, p. 458.

50. *La motivazione della sentenza civile, cit.*, p. 464.

51. *La motivazione della sentenza civile, cit.*, p. 465-466.

52. *La motivazione della sentenza civile, cit.*, p. 466.

53. NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1998, p. 109. Neste mesmo sentido: PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 128-129; TUCCI, José Rogério Cruz e. “Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, n. 56, p. 230.

fático⁵⁴. A falta de um elemento nuclear impede que se considere como jurídico determinado fato. Os elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial” são, como se pode extrair da própria terminologia: *a)* ter sido proferida por alguém investido de função jurisdicional; *b)* a decisão, a norma concreta, o comando, a manifestação do magistrado sobre o objeto litigioso. A motivação é elemento que legitima a decisão, deixa-a conforme a Constituição.

É designar uma decisão sem fundamentação de *ilegítima, espúria, absurda, autoritária* etc., mas é inegável que ela é uma decisão. A partir do momento que se pode atribuir a um substantivo alguns adjetivos é porque algo existe para ser qualificado. É característica dos requisitos de validade exercer a função gramatical de adjetivos, conforme lição de BARBOSA MOREIRA, já transcrita.

Não é à toa que o texto constitucional expressamente atribuiu a sanção de invalidade à decisão não-motivada. Para que esta sanção seja aplicada, é necessário que o ato (decisão) contenha um defeito (ausência de fundamentação). De acordo com célebre lição de PONTES DE MIRANDA, “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”⁵⁵. Daí se vê que, para que um ato seja defeituoso, primeiro ele tem que ser, tem que existir e, somente se existente, pode conter algum vício.

É justamente porque há (existe) decisão, em tais hipóteses, que ela pode ser anulada pelo tribunal para que outra seja proferida (não se anula o que não existe). Trata-se de vício gravíssimo, que pode ser conhecido de ofício e permite a sua invalidação mediante o ajuizamento da ação rescisória.

4.4. Dispositivo

4.4.1. Conceito

Alguns doutrinadores costumam conceituar o dispositivo como sendo a parte da decisão que contém uma conclusão, uma resposta, acerca do acolhimento ou da rejeição do pedido formulado pelo autor⁵⁶. Trata-se de conceito correto, mas que não define completamente o que é o dispositivo de uma decisão judicial.

O dispositivo é um elemento nuclear comum a todo e qualquer pronunciamento judicial com conteúdo decisório. Trata-se, como se disse, de um elemento

54. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 47-48.

55. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 13.

56. Por exemplo: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 258; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 220; MONTENEGRO FILHO, Misaél. *Curso de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 1, p. 591; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 5.

fundamental da decisão judicial, entendida como gênero. Por essa razão, definir o dispositivo como a resposta que se dá ao pedido formulado pelo autor, se jà para acolhê-lo ou para rejeitá-lo, é apresentar um conceito parcial, aplicável apenas às *sentenças que analisam o mérito da demanda*.

É possível apresentar um conceito mais amplo, que defina o dispositivo como elemento nuclear de qualquer decisão, e não só da sentença. É nesse sentido que preferimos dizer que *dispositivo* é a parte da decisão em que o órgão jurisdicional estabelece um preceito, uma afirmação imperativa, concluindo a análise acerca de um (ou mais de um) pedido que lhe fôra dirigido⁵⁷. Constitui, como se viu no tópico anterior, um dos elementos nucleares que compõem o suporte fático do ato “decisão judicial”. Sem esse comando, a decisão é *inexistente*⁵⁸.

Como se vê, é um conceito mais amplo, capaz de abranger toda e qualquer decisão, seja ela interlocutória ou final, quer nela se analise, ou não, o objeto litigioso do procedimento. Justamente porque se trata de elemento estrutural comum a todos os tipos de decisão judicial, o *conteúdo* do dispositivo vai depender do tipo de questão que nele se resolve. Dessa forma, é necessário discernir as situações em que o dispositivo de uma decisão resolve, ou não, a questão de mérito (objeto litigioso) do procedimento.

Para isso é importante que se faça uma rápida digressão.

Já se viu no v. 1 deste *Curso* que todo procedimento possui um objeto litigioso, que é a questão a ser resolvida pelo ato final (decisão)⁵⁹. O que define o objeto litigioso de cada procedimento é o ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes. Analisar a admissibilidade de um procedimento é verificar a possibilidade de o seu objeto litigioso ser apreciado. Essa é uma noção que vale para todo e qualquer procedimento, seja ele principal, recursal ou incidental⁶⁰. Assim, o ajuizamento de uma demanda, por meio da petição inicial, deflagra um procedimento; esse procedimento possui um objeto litigioso

57. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 664.

58. Por isso mesmo, Barbosa Moreira, numa metáfora, diz que é o “coração” da decisão (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O que deve e o que não deve figurar na sentença”, in *Temas de Direito Processual – 8ª série*, cit., p. 123). Entendendo também que é pressuposto de existência da decisão: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 552; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 1, p. 434; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 20. Em sentido contrário, entendendo que a falta de qualquer dos elementos acarreta a nulidade da decisão, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed., cit., v. 2, p. 257.

59. Sobre o conceito de *objeto litigioso* e as discussões que envolvem o tema, ver item próprio, no vol. 1 deste *Curso*.

60. Conferir, sobre o assunto, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

(questão de mérito) cuja análise vai depender da presença dos seus requisitos de admissibilidade (pressupostos e requisitos processuais, e as condições da ação).

Do mesmo modo, há os procedimentos recursais (ex. procedimento deflagrado pelo recurso de apelação) e os procedimentos incidentais (ex. procedimento deflagrado pela oposição da exceção de incompetência). Também eles têm, cada um, o seu objeto litigioso, que é composto pela questão principal (de mérito) sobre a qual se pede uma decisão – por exemplo, na apelação, a reforma, anulação ou integração da decisão recorrida; na exceção de incompetência, o reconhecimento de um vício que inquina o procedimento principal – e os seus requisitos de admissibilidade – por exemplo, na apelação, o cabimento, a tempestividade, o preparo etc.; na exceção de incompetência, a tempestividade, a regularidade formal etc. Embora os procedimentos recursal e incidental tenham, cada um, o seu próprio mérito, não se pode confundir o mérito desses procedimentos com o mérito do procedimento principal do qual eles derivam.

Sendo assim, todo procedimento, seja ele principal, recursal ou incidental, requer, como ato final, a prolação de uma decisão, que poderá, ou não, analisar o seu objeto litigioso, a depender, respectivamente, da presença ou ausência dos seus requisitos de admissibilidade. Estando presentes os requisitos de admissibilidade do procedimento, a decisão que o encerrar, além de afirmar essa admissibilidade, deve analisar o seu objeto litigioso; estando ausente qualquer dos seus requisitos de admissibilidade, não pode o magistrado passar à análise do seu objeto litigioso.

Consideradas essas premissas, o conteúdo do dispositivo vai depender da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do procedimento. Eis as hipóteses possíveis:

a) Se em sua fundamentação o magistrado constata a inexistência de um requisito de admissibilidade do procedimento (seja ele principal, recursal ou incidental), no dispositivo dessa decisão cingir-se-á a afirmar essa inexistência, sem que lhe seja possível analisar o objeto litigioso do procedimento. É o que acontece, por exemplo, quando o magistrado, na sua fundamentação, constata a ausência de um requisito processual ou de uma condição da ação e afirma, em sua conclusão (dispositivo), a impossibilidade de analisar o pedido formulado pelo autor num procedimento principal. É o que acontece também quando o tribunal não admite um recurso (dispositivo), por lhe faltar um requisito de admissibilidade (fundamento); ou ainda quando deixa de analisar uma exceção de suspeição (dispositivo), por não ter sido oferecida no prazo oportuno (fundamento).

b) Se em sua fundamentação o magistrado constata a presença dos requisitos de admissibilidade da análise do objeto litigioso do procedimento (principal, recursal ou incidental), deverá, em sua conclusão (dispositivo), afirmar a presença

desses requisitos de admissibilidade e decidir o pedido que lhe foi dirigido, acolhendo-o ou rejeitando-o, no todo ou em parte. É nessas hipóteses que se diz que o magistrado estabelece, no dispositivo da decisão, a norma jurídica concreta, definindo os termos da relação jurídica que envolve as partes em litígio. É o que se dá, por exemplo, quando o magistrado acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor de uma demanda judicial, ou quando o tribunal dá ou nega provimento a um recurso, ou ainda quando julga procedente ou improcedente um determinado incidente do processo.

A importância dessa diferenciação está em que sempre que no dispositivo houver uma conclusão que resolva o objeto litigioso de um procedimento *principal*, essa mesma conclusão poderá ficar acobertada pela coisa julgada⁶¹. Se no dispositivo houver uma conclusão acerca do mérito de um procedimento *recursal*, esta conclusão somente ficará acobertada pela coisa julgada se a questão de mérito *do recurso* coincidir com uma questão de mérito da *demanda originária*.

Aqui vale trazer um exemplo: numa ação de cobrança, o réu alega, em sua contestação, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda e, no mérito, diz que pagou a dívida que lhe é cobrada. Sobrevindo uma sentença de procedência, se ele reiterar em seu recurso essas duas questões (ilegitimidade passiva *ad causam* e pagamento), ambas passarão a compor o próprio mérito do procedimento recursal. Daí se vê que: i) a ilegitimidade passiva *ad causam*, que era questão de admissibilidade do procedimento *principal*, passa a ser questão de mérito do procedimento *recursal*; ii) o pagamento, que era questão de mérito do procedimento *principal*, passa a ser, igualmente, questão de mérito do procedimento *recursal*. Tudo isso porque ambos os fundamentos compõem a causa de pedir da demanda recursal. As questões de admissibilidade do procedimento recursal são aquelas que dizem respeito aos requisitos de admissibilidade (cabimento, tempestividade, interesse recursal, preparo etc.). Se o tribunal, nesse caso, acolher o argumento da ilegitimidade passiva *ad causam*, essa decisão não terá aptidão para fazer coisa julgada material, porque, em que pese resolver o objeto litigioso do procedimento *recursal*, não se tem aí uma questão de mérito também da *demanda originária*. Se o tribunal, porém, afastar o argumento da ilegitimidade, mas acolher o do pagamento, essa decisão terá plena aptidão para fazer coisa julgada material, porque se trata de matéria que compõe o mérito do recurso e, igualmente, o mérito da demanda originária.

Já a decisão em cujo dispositivo não há conclusão acerca do objeto litigioso do procedimento não tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada material.

Por último, vale destacar que o preceito, a conclusão judicial, não é só aquilo que está contido, formalmente, na parte dispositiva da decisão. Ainda que sua conclusão seja lançada na fundamentação do julgado, ou em qualquer outra parte,

61. Isto porque, conforme se verá no item próprio, para que uma decisão fique imunizada pela coisa julgada material, é necessário que ela resolva uma questão de mérito. Esse é um requisito necessário, mas não suficiente. Os outros requisitos que precisam ser satisfeitos serão vistos mais adiante.

ela comporá o dispositivo da decisão. Deve-se levar em conta o *conteúdo* para que se possa estabelecer o que compõe o dispositivo da decisão, e não a *forma* como ela está redigida.

Trata-se de alerta importante porque, muitas vezes, ao *rejeitar* questões processuais, o magistrado o faz na própria motivação da decisão. Nesses casos, ainda que não se diga expressamente, essas soluções passam a compor o dispositivo da decisão, na medida em que implicam, em uma perspectiva inversa, um juízo de *admissibilidade* do procedimento.

4.4.2. A teoria dos capítulos de sentença

Embora formalmente única, há situações em que é possível promover a uma cisão ideológica da decisão judicial, senão vejamos:

a) quando a decisão contém o julgamento de mais de uma pretensão (ex.: quando há cumulação de pedidos, sejam os formulados pelo autor na inicial, sejam os acrescidos no curso da demanda, por meio de reconvenção, denunciação da lide, pedido de declaração incidental etc., ou ainda quando há litisconsórcio não-unitário ativo ou passivo⁶²);

b) quando, não obstante haja apenas uma pretensão a ser decidida, essa pretensão (formalmente única) é *decomponível*, isto é, versa sobre coisas suscetíveis de contagem, medição, pesagem ou qualquer outra ordem de quantificação (como o dinheiro), caso em que também a decisão poderá ser decomposta (ex.: ação indenizatória em que se pede R\$ 70.000,00; a sentença condena o réu a pagar R\$ 40.000,00; pode-se dizer que há, na decisão, uma parte que julga procedente o pagamento de R\$ 40.000,00 e outra que julga improcedente o pagamento de R\$ 30.000,00);

c) quando o juiz, independentemente da quantidade de pretensões a ser decidida, analisa, no corpo da sua decisão, questões processuais e as repele, caso em que, admitindo a viabilidade do procedimento, passa a analisar o seu objeto litigioso, seja para acolhê-lo ou rejeitá-lo, total ou parcialmente; em casos tais, é fácil perceber que este pronunciamento conterà ao menos duas partes bem distintas: uma que dispõe expressamente sobre a admissibilidade do julgamento de mérito e outra que julga o próprio mérito, acolhendo-o ou não.

62. Quando o litisconsórcio é unitário, há apenas uma relação jurídica material em discussão; não há, pois, cumulação objetiva de demandas; é justamente por isso que a demanda somente pode ter o mesmo resultado para todos os litisconsortes unitários. “A pluralidade de partes, no litisconsórcio unitário, não dá motivo à divisão da sentença em capítulos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69).

Analisando essas situações, pode-se dizer que capítulo de sentença é *toda unidade autônoma contida na parte dispositiva de uma decisão judicial*⁶³. Essa unidade autônoma tanto pode encerrar uma decisão sobre a pretensão ao julgamento de mérito (capítulos puramente processuais), como uma decisão sobre o próprio mérito (capítulos de mérito). Ou seja: *i) capítulos puramente processuais* são aqueles que se pronunciam explicitamente sobre a possibilidade de examinar o mérito, isto é, tratam da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito; *ii) capítulos de mérito* são aqueles que se pronunciam sobre o próprio objeto litigioso do procedimento⁶⁴.

Diz-se *homogênea* a decisão que contém apenas ou capítulos puramente processuais ou capítulos de mérito. É o que se dá, por exemplo, com a decisão que rejeita preliminar de incapacidade postulatória, mas acolhe objeção de litispendência, não admitindo o procedimento por lhe faltar um requisito negativo ou com a decisão em que, sem resolver questões processuais, analisa o objeto litigioso do procedimento. Diz-se *heterogênea* a decisão que contém tanto capítulos processuais como capítulos de mérito, como no caso em que o magistrado resolve questões processuais, mas as repele, e analisa o mérito, seja para acolher ou negar o pedido formulado. Essas últimas são as mais comuns.

Sempre que o magistrado analisa o mérito de uma pretensão está, implicitamente, afirmando que admitiu como viável o procedimento em que se deduziu tal pretensão. Assim, toda decisão de mérito conteria, a rigor e necessariamente, um capítulo processual, ainda que implícito, o que faria dela uma decisão *heterogênea*. Para efeito de aplicação dessa teoria, porém, somente se considera existente um capítulo processual se houve deliberação *expressa* do juiz sobre questão de admissibilidade, como ocorre quando o julgador analisa questão processual e a rejeita. *Decisão implícita* é, em nosso sistema, inconstitucional, por violar o direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

É possível ainda proceder-se a uma *cisão jurídica* do dispositivo⁶⁵, levando-se em conta a possibilidade de decomposição do tipo de provimento jurisdicional pleiteado. Como cediço, pode-se distinguir, no pedido, um objeto *imediato*, correspondente à providência jurisdicional que se pretende obter (declaração, condenação, expedição de ordem, constituição de nova situação jurídica etc.), e

63. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 35. Conforme entendimento predominante na doutrina brasileira, somente há interesse, no ordenamento jurídico pátrio, em se rever a *parte dispositiva* da decisão, não a *motivação*. Ver, com amplas referências doutrinárias, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 18-30. Algumas ponderações a essa regra serão feitas em momento oportuno, no estudo do *interesse recursal*, no v. 3 deste *Curso*.

64. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 38-42.

65. Quanto à possibilidade de cisão jurídica da decisão, conferir DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 74-75.

um objeto *mediato*, correspondente ao próprio bem da vida almejado (pagamento de quantia, entrega de um bem, construção de um muro etc.)⁶⁶.

Assim, a decisão acerca do tipo de providência jurisdicional pleiteada (pedido imediato) pode ser cindida em capítulos. Por exemplo, as decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), como se verá mais adiante, são mais amplas do que as decisões meramente declaratórias, na medida em que, por meio daquelas, o magistrado não só reconhece (declara) o direito subjetivo do autor à prestação, como também impõe ao réu o dever de cumprimento dessa prestação. Por conta disso, se o autor ingressa com uma ação pleiteando que o juiz *condene* o réu ao pagamento de quantia (prestação de pagar quantia), nada impede que o magistrado, observando que o autor efetivamente tem direito a uma prestação, mas constatando que esse direito ainda não pode ser exigido (porque a dívida ainda não está vencida, por exemplo), limite-se a simplesmente reconhecer (declarar) o direito à prestação, sem impor ao réu a ordem de cumprimento (porque ainda inexigível). Nesse caso, pode-se ver que a decisão, quanto ao tipo de providência jurisdicional requerida pelo autor (pedido imediato), pode ser dividida em duas partes: há um capítulo que reconhece o direito do autor à prestação e outro que lhe nega, por ora, o direito de exigí-la, porque não vencida.

Igualmente, nos casos em que a decisão julga procedente pedido que verse sobre coisas suscetíveis de contagem, medição, pesagem ou qualquer outra ordem de quantificação, é possível falar-se em uma *cisão jurídica*. Isto porque esse tipo de decisão reconhece a existência de um direito do autor (*an debeat*) e estabelece a extensão desse direito (*quantum debeat*). Assim, conforme as palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “ao julgar procedente essa demanda líquida (não genérica), a sentença estará ao mesmo tempo (a) declarando que a obrigação existe e (b) afirmando que o valor devido é *x*. Eis aí dois capítulos distintos”⁶⁷.

4.4.3. Repercussões da teoria dos capítulos de sentença

A *cisão* ideológica do dispositivo de uma decisão judicial em capítulos é de extrema utilidade, porque repercute nos mais variados temas do direito processual, tal como na atribuição do custo financeiro do processo, na teoria dos recursos, na liquidação e efetivação das decisões que certificam direito a uma prestação e na própria teoria da decisão judicial.

Essa repercussão será vista, naturalmente, dentro de cada um dos temas em que ela se mostra sensível. No entanto, apenas para ressaltar a importância desse

66. Ver o capítulo sobre petição inicial, no v. 1 deste Curso.

67. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 75.

estudo e para instigar o estudioso a investigá-lo mais a fundo, seguem algumas situações, meramente exemplificativas, em que a teoria dos capítulos de sentença pode ser utilizada.

Se a decisão judicial, por exemplo, extrapola os limites da demanda, concedendo ao autor *mais* do que ele pediu, tem-se aí uma decisão *ultra petita*. Sucede que não é correto anular toda a decisão por conta do vício existente em apenas uma parte: basta que se expurgue o capítulo em excesso, que extrapola as raías do pedido, mantendo-se o outro, que obedeceu aos limites da demanda.

Na teoria dos recursos, a noção dos capítulos de sentença é fundamental. Com efeito, denomina-se recurso total aquele que impugna todos os capítulos desfavoráveis de uma decisão; já o recurso parcial é o que impugna apenas um ou alguns dos capítulos desfavoráveis, deixando, por isso, de devolver à apreciação do órgão *ad quem* os demais. A interposição de recurso parcial faz com que, em regra, haja preclusão quanto à discussão sobre os capítulos não impugnados.

Quanto ao custo financeiro do processo, a teoria dos capítulos de sentença interfere na forma em que ele é distribuído. Havendo, por exemplo, sucumbência recíproca, responderá o autor pelas despesas e honorários relativos ao capítulo em que foi sucumbente, cabendo ao réu fazer o mesmo, quanto ao capítulo em que se viu vencido. Sendo equivalentes essas despesas, manda o art. 21 do CPC que sejam compensadas. Do mesmo modo, quando há litisconsórcio simples, o custo do processo há de ser distribuído proporcionalmente em razão dos interesses de cada um dos litisconsortes. Por último, mesmo havendo sucumbência total, a decisão final condenará o vencido a ressarcir ao vencedor as despesas com o processo e os honorários de advogado, representando esta condenação, por si só, um capítulo autônomo da decisão – é possível, portanto, que somente ele seja objeto de recurso pelo vencido, que entendeu exorbitante o valor fixado a título de honorários.

A teoria dos capítulos de sentença influencia ainda na forma de execução das decisões judiciais que certificam um direito a prestação (obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e pagar quantia). Assim, por exemplo, o capítulo que impõe obrigação de pagar quantia deverá sujeitar-se à execução nos termos do art. 475-J e seguintes do CPC (Livro I, Título VIII, Capítulo X), enquanto o que impõe uma obrigação de fazer deverá ser executado de acordo com o art. 461 do CPC, de modo que haverá uma flagrante cisão da decisão no momento da sua satisfação. Havendo um capítulo líquido e outro ilíquido, é possível ao credor promover a liquidação deste e, simultaneamente, a execução daquele (art. 475-I, § 2º, CPC).

Dentro da própria fase de execução de quantia, é possível ao executado oferecer impugnação parcial, versando somente sobre parte do crédito perseguido. É o que se dá quando se alega excesso de execução (art. 475-L, V, CPC): divide-se

o crédito perseguido em capítulos, reputando-se devido um deles e excessivo o outro. É por isso que o legislador determina que, sob pena de indeferimento liminar da impugnação, o executado/devedor declare desde já o valor que entende devido (capítulo incontroverso), restringindo-se a discussão ao outro capítulo (art. 475-L, § 2º, CPC).

5. REQUISITOS DA DECISÃO JUDICIAL

5.1. A congruência da decisão judicial

A decisão judicial, para que seja válida, deve ser congruente. Normalmente, quando se fala em congruência, vêm à cabeça as disposições constantes nos arts. 128 e 460 do CPC, segundo os quais a decisão deve ser plena, isto é, deve analisar todos os pedidos deduzidos e mais aqueles denominados de *pedidos implícitos*⁶⁸, mas deve limitar-se, como regra, a tais pedidos, não podendo ir além deles.

A percepção está correta, mas é necessário ir mais adiante. A decisão judicial não precisa ser congruente apenas em relação à demanda que ela resolve: precisa também ser congruente em relação aos sujeitos a quem atinge e precisa ser congruente em si mesma. É por isso que se pode falar em *congruência externa* e *congruência interna* da decisão⁶⁹.

A *congruência externa* da decisão diz respeito à necessidade de que ela seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e da resposta do demandado (congruência objetiva). A *congruência interna* diz respeito aos requisitos para a sua inteligência como ato processual. Nesse sentido, a decisão precisa revestir-se dos atributos da clareza, certeza e liquidez. É sob essas perspectivas que o assunto será analisado nos tópicos seguintes.

5.2. A congruência externa

5.2.1. Introdução: a abrangência dos arts. 128 e 460, CPC

Toda a atividade cognitiva do juiz tem por escopo acumular fundamento suficiente para que ele possa resolver uma demanda que lhe foi dirigida, seja ela

68. Como se viu no vol. 1 deste Curso, pedido implícito é aquele que precisa ser decidido pelo magistrado, independentemente de expresso requerimento. São exemplos de pedidos implícitos a condenação ao pagamento das custas e honorários de sucumbência (art. 20, CPC), a incidência de juros e correção monetária sobre as dívidas de valor (art. 404, CC) e a condenação ao pagamento das parcelas vencidas após o ajuizamento da demanda e vincendas, nos casos em que a relação discutida é de trato sucessivo (art. 290, CPC).

69. Sobre o assunto, ver: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 207.

uma demanda principal (como a que está contida numa petição inicial), incidental (como a da reconvenção ou da denunciação da lide) ou recursal (como a que ocorre com a apelação). Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter⁷⁰.

Justamente por existir esta referibilidade, o legislador, nos arts. 128 e 460 do CPC, determina que a sentença deve conter a análise e a decisão de todos os pedidos deduzidos no processo e somente eles, não podendo ir além nem fora do que foi pleiteado. A noção vale para todo tipo de pronunciamento decisório. Eis a redação dos referidos dispositivos legais:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Esses dois artigos dão substância à *regra da congruência* da decisão judicial.

Em que pese deitar suas raízes no Direito Romano, foi a partir do chamado Estado liberal que essa regra ganhou maior ênfase, em função da supervalorização do chamado princípio dispositivo (v. capítulo sobre princípios no v. I do *Curso*), do qual é corolário. O individualismo então reinante se contrapunha à ideia de intervencionismo estatal, razão por que o juiz, como *longa manus* do Estado, costumava ser, por dever e por ideologia, um sujeito inerte e passivo, a quem competia sempre aguardar a provocação da parte para praticar atos no processo. Essa concepção influenciou muito a doutrina e a legislação brasileiras. Por conta disso, desde a Consolidação Ribas, implementada por Joaquim Ribas e editada em 1876, até o atual Código de Processo Civil⁷¹, tem vigência, no nosso ordenamento jurídico, com fórmulas mais ou menos semelhantes, a regra da correlação entre a decisão e o pedido⁷².

70. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 3, p. 155.

71. Passando, pois, pelo Decreto n. 763/1890 que mandou aplicar ao processo civil as normas de processo comercial contidas no Regulamento n. 737/1850, pelos Códigos de Processo Civil estaduais, incluindo-se aí o do Estado da Bahia (Lei n. 1.121/1915), e o pelo Código de Processo Civil de 1939.

72. Ver, sobre o assunto, com amplas considerações históricas: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 19-43.

A regra da congruência é, também, uma consequência da garantia do contraditório: a parte tem o direito de manifestar-se sobre tudo o que possa interferir no conteúdo da decisão; assim, o magistrado deve ater-se ao que foi demandado exatamente porque, em relação a isso, as partes puderam manifestar-se.

A despeito de haver nos arts. 128 e 460 do CPC uma referência direta apenas aos elementos *objetivos* da demanda (causa de pedir e pedido), é intuitivo que a decisão deve guardar congruência também em relação aos *sujeitos* envolvidos no processo (elemento subjetivo da demanda) e com os *fundamentos de defesa* suscitados pelo demandado. Pode-se dizer, pois, que esses dispositivos legais estabelecem verdadeira limitação ao exercício da jurisdição⁷³, na medida em que impõem à decisão do magistrado *limites subjetivos e objetivos*, abrangendo estes últimos os fundamentos de fato da demanda e da defesa e o(s) pedido(s) formulado(s).

Segundo lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “decidir nos limites da demanda proposta (art. 128) significa não ir *além* ou *fora* deles, nem ficar *aquém*”⁷⁴. Se o magistrado vai *além* desses limites, a sua decisão é *ultra petita*; se fica *fora* deles, é *extra petita*; se fica *aquém*, é *citra petita*.

Como se vê, até mesmo as expressões utilizadas para qualificar a decisão que desborda dos limites subjetivos ou objetivos da demanda fazem apenas referência ao *pedido* como parâmetro de limitação do exercício jurisdicional. VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA, ao tratar dos casos em que a decisão não se correlaciona com os fundamentos da demanda, *prefere* fazer referência aos vícios *extra causa petendi*, *ultra causa petendi* e *citra causa petendi*.⁷⁵ Sem embargo desse apuro técnico, as expressões *ultra*, *extra* e *citra petita* serão aqui utilizadas para todas as hipóteses tão-somente por uma questão de tradição e para simplificar a exposição.

O julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa. O julgamento *citra petita* viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial, nos casos em que o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte. Já a decisão *extra petita* fere todos esses princípios, tendo em vista

73. A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 274.

74. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 274.

75. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 255.

que consubstancia hipótese em que, conforme se verá adiante, o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa em seu lugar⁷⁶.

A consequência da constatação de que uma decisão é *ultra*, *extra* ou *citra petita* dependerá do fato que for reconhecido – tema que será abordado dentro de cada item específico.

5.2.2. A congruência objetiva

5.2.2.1. Decisão *ultra petita*

Diz-se *ultra petita* a decisão que (i) concede ao demandante mais do que ele pediu, (ii) analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais ou (iii) resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes. Sobre a última hipótese (iii), falaremos no item seguinte, relativo à congruência subjetiva.

É muito comum confundirem-se, na teoria e na prática, as decisões *ultra* e *extra petita*. Mas há um critério que pode facilitar a compreensão desses dois fenômenos: (a) na decisão *ultra petita*, o magistrado *analisa* o pedido da parte ou os fatos essenciais debatidos nos autos, *mas vai além deles*, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pelas partes; (b) na decisão *extra petita*, o magistrado, *sem analisar* o pedido formulado, delibera sobre pedido não formulado, ou ainda, *sem analisar* fato essencial deduzido, decide com base em fato essencial não deduzido.

Daí se vê que, na decisão *ultra petita*, há uma parte que guarda congruência com o pedido ou com os fundamentos de fato e outra que os excede. Por isso se diz que, nesses casos, o juiz *exagera* na solução apresentada ou nos fundamentos invocados em suas razões de decidir. Já na decisão *extra petita*, o magistrado sequer analisa o pedido ou os fundamentos de fato debatidos nos autos, decidindo sobre pedido não formulado ou levando em consideração fato essencial não deduzido. Fica claro, portanto, que a decisão *extra petita* é também, e por essência, *citra petita*, na medida em que nela não se analisa algo que foi pleiteado pela parte ou invocado como fundamento de fato (da demanda ou da defesa).

É bastante elucidativa a lição de Vallisney de Souza Oliveira, que diferencia as decisões *ultra* e *extra petita*, partindo do seguinte exemplo: numa ação em que se pede a declaração falsidade do documento x, será *ultra petita* a decisão que, além

76. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nullidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 257.

de declarar a falsidade do documento *x*, avançar para declarar também a falsidade do documento *y*; será, porém, *extra petita*, se o juiz, sem analisar o pedido de declaração de falsidade do documento *x*, declarar a falsidade do documento *y*, não pretendida pelo autor⁷⁷.

Há decisão *ultra petita*, por exemplo, quando o magistrado (i) condena o réu ao pagamento de uma indenização por danos materiais num valor superior ao que foi pleiteado na petição inicial; (ii) condena o réu a restituir tributos pagos indevidamente pelo autor quando na petição inicial o autor se limitou a pedir a declaração de inexistência de relação jurídica tributária com o réu.

Quanto ao último exemplo dado (iii), vale relembrar o que foi dito no item relativo aos capítulos de sentença: as decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), como é o caso da decisão condenatória, são mais amplas do que as decisões meramente declaratórias, na medida em que, por meio daquelas, o magistrado não só reconhece (declara) o direito subjetivo do autor à prestação, como também impõe ao réu o dever de cumprimento dessa prestação. Por conta disso, se o autor ingressa com uma ação formulando pedido meramente declaratório de inexistência de obrigação de pagar quantia (como o formulado com base no art. 4º, p. único, do CPC) e o juiz *condena* o réu a restituir as quantias indevidamente pagas pelo autor, pode-se ver que essa decisão é *ultra petita* porque vai *além* do pedido formulado: além de *declarar* a inexistência da sua obrigação de pagar, *condena* o réu a restituir o que fora indevidamente pago.⁷⁸

Mas não só nos casos de *procedência* da demanda é que se pode visualizar a decisão *ultra petita*. É *ultra petita* a decisão que, por exemplo, numa ação em que se pede indenização por danos morais decorrentes de um determinado ato ilícito, rejeita a pretensão do autor à percepção de indenização por danos morais e *materiais*, pois neste caso o magistrado acaba concedendo ao réu tutela jurisdicional mais ampla do que a que lhe poderia ter sido concedida⁷⁹.

Quando uma decisão ultrapassa os limites do pedido, ela precisa ser invalidada, já que proferida com vício de procedimento (*error in procedendo*); mas a invalidação deve cingir-se à *parte* em que supera os limites do pedido. Deve-se ver que uma decisão desse tipo pode ser, ideologicamente, cindida em, pelo menos, dois capítulos bem distintos: um que corresponde à integralidade do pedido do demandante, isto é, vai até o limite por ele estabelecido, e outro que supera esse limite, representando um *plus*. O primeiro capítulo deve ser preservado, porquanto adstrito aos limites objetivos do pedido, salvo se houver outro vício que o contamine; o segundo capítulo, e só ele, é que precisa ser expurgado da decisão, que será anulada, nessa parte⁸⁰.

77. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 250.

78. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 242-243.

79. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., v. 3, cit., p. 275-276.

80. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 88.

Assim, por exemplo, se o autor pediu que o réu fosse condenado ao pagamento de R\$ 70 mil, a título de indenização por danos materiais, e o juiz o condenou ao pagamento de R\$ 100 mil, bastará que o tribunal, analisando o recurso de apelação eventualmente interposto, anule parte da sentença, retirando-lhe o excesso (R\$ 30 mil) e mantendo o capítulo que guarda correlação com o pedido (R\$ 70 mil).

Já nos casos em que a decisão ultrapassa os limites dos fundamentos de fato postos em juízo, a sua anulação vai depender do eventual prejuízo que tenha causado⁸¹. Assim, por exemplo, se o fundamento invocado pelo autor, e considerado na motivação da decisão, era por si só suficiente para que o magistrado alcançasse a conclusão estabelecida no dispositivo, não precisará ser anulada a decisão, ainda que leve em conta também um outro fato essencial para alicerçar aquela mesma conclusão. No entanto, se o magistrado analisa os fundamentos de fato trazidos pelas partes (autora e ré), mas, para rejeitar o pedido do demandante, leva em consideração fato essencial novo, não invocado pelo réu nem cognoscível de ofício, aí haverá decisão *ultra petita* por ofensa aos limites objetivos dos fundamentos de fato postos no processo, passível, pois, de anulação em sede recursal.

Lembre-se de que os *fundamentos jurídicos* não se submetem à regra da congruência, visto que compõem questões de direito, cuja análise pode ser feita de ofício pelo juiz em razão do princípio do *iuria novit curia*. Assim, nada impede que o magistrado, em reforço aos argumentos jurídicos trazidos pelo demandante ou pelo demandado, acrescente outros fundamentos de direito para, respectivamente, acolher ou rejeitar o pedido formulado. Não haverá aí decisão *ultra petita*.

Observada a existência de efetivo prejuízo, são também rescindíveis, no prazo bienal, as decisões *ultra petita* (seja quanto ao pedido, seja quanto a fundamento de fato). Contudo, vale aqui o mesmo alerta feito acima: a rescindibilidade deve cingir-se à parte viciada da decisão.

Existem, contudo, situações em que o magistrado, legitimamente, pode ir além do pedido da parte, deferindo-lhe mais do que efetivamente foi requerido. É o que acontece, por exemplo: (i) com os chamados pedidos implícitos, que devem ser resolvidos por determinação expressa do legislador e independentemente de requerimento expresso da parte⁸²; (ii) com as ações de alimentos ou de oferta de alimentos, em que é possível a fixação da verba alimentar em valor superior ao pleiteado, de acordo com parcela da doutrina⁸³; (iii) com a possibilidade

81. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. cit., p. 259.

82. Exemplos: condenação ao pagamento das custas e honorários de sucumbência (art. 20, CPC), a incidência de juros e correção monetária sobre as dívidas de valor (art. 404, CC) e a condenação ao pagamento das parcelas vencidas após o ajuizamento da demanda e vincendas, nos casos em que a relação discutida é de trato sucessivo (art. 290, CPC). Ver o vol. I deste Curso.

83. “O credor pode concordar com o valor sugerido pelo devedor, e o juiz arbitrará o *quantum* dos alimentos. Mas a atuação do juiz não é passiva – sendo necessária, ainda, a intervenção do Ministério Público –, e,

de fixação da multa coercitiva independentemente de pedido ou em valor superior ao pleiteado pelo demandante nas decisões que impõem prestação de fazer, não-fazer ou de entregar coisa (art. 461, § 4º, c/c art. 461-A, § 3º, ambos do CPC)⁸⁴.

Do mesmo modo, há casos em que o magistrado pode, *ex officio*, conhecer de fundamentos de fato não invocados pelas partes: (i) quando se tratar de fato superveniente constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (art. 462, CPC), que é assunto sobre o qual se falará mais adiante; (ii) fatos simples, circunstanciais, independentemente de serem supervenientes (art. 131, CPC); (iii) alguns fundamentos de defesa, como o pagamento, a decadência legal (art. 210, CC), a existência de causa de nulidade do negócio jurídico (arts. 168, p. único, e 424, ambos do CC), desde que haja prova nos autos da ocorrência desses fatos; (iv) o fato notório (art. 334, I, CPC). Em conclusão, se, além de conhecer os fundamentos de fato invocados pela parte, o juiz acrescentar à sua fundamentação um desses fatos essenciais, não há que se falar em decisão *ultra petita*.

5.2.2.2. Decisão extra petita

Diz-se *extra petita* a decisão que (i) tem natureza diversa ou concede ao demandante coisa distinta da que foi pedida⁸⁵, (ii) leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou (iii) atinge sujeito que não faz parte da relação jurídica processual. Sobre a decisão *extra petita* que se caracteriza por extrapolar os limites subjetivos do processo (sujeitos), falaremos no próximo item. Como já se viu no item precedente, a decisão *extra petita* difere da *ultra petita* porque nesta o magistrado analisa o pedido ou o fundamento de fato invocado pela parte, mas vai além dele, enquanto que naquela (*extra petita*) sequer se analisa o pedido ou

mesmo que o credor não reclame do valor da oferta, pode o juiz, conforme as circunstâncias, e sopesando as necessidades do(s) alimentado(s) e as possibilidades do alimentante (art. 1.694, § 1.º), fixar o valor dos alimentos em quantia superior à mencionada na inicial" (VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. 17, p. 14-15). No mesmo sentido, YUSSEF SAID CAHALI: "Assim, pode o juiz, tanto na oferta do devedor como no pedido do credor, fixar os alimentos em quantitativo superior ao pretendido na inicial, sem importar o arbitramento em decisão *ultra petita*, ou *extra petita*" (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 832).

84. VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA chama atenção de que se trata de hipótese que excepciona a necessidade de congruência entre o pedido *imediat*o e a decisão, porque a medida coercitiva não é o bem jurídico almejado pelo autor, mas tão-somente um meio para que o possa obter (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 284).

85. Como visto no vol. 1 deste Curso, pode-se distinguir, no pedido, um objeto *imediat*o, correspondente à providência jurisdicional que se pretende obter (condenação, expedição de ordem, constituição de nova situação jurídica etc.), e um objeto *mediat*o, correspondente ao próprio bem da vida almejado. A congruência objetiva alcança, a princípio, tanto o pedido *imediat*o quanto o *mediat*o.

o fundamento invocado pela parte: analisa-se outro pedido ou outro fundamento, ambos não invocados.

Pode-se afirmar, portanto, que aqui o magistrado *inventa*, dispondo sobre (i) uma espécie de provimento ou uma solução não pretendidos pelo demandante, (ii) um fato não alegado nos autos ou (iii) um sujeito que não participa do processo⁸⁶.

Não se pode perder de vista que, como já se disse anteriormente, a regra da congruência, seja ela interna ou externa, aplica-se a todo tipo de demanda. Na instância recursal, o tribunal fica igualmente obrigado a observar os limites cognitivos estabelecidos pela parte recorrente. É o que se chama de efeito devolutivo do recurso. A sua inobservância implica vício de procedimento. É por isso que é vedada, na esfera recursal, a *reformatio in pejus*.

Exemplo de ofensa à congruência objetiva se dá quando a parte pede que o adversário seja condenado ao pagamento de uma quantia e o juiz, sem analisar esse pedido, o condena à entrega de uma coisa determinada; ou ainda quando o juiz, ao decidir, leva em consideração, na sua motivação, fundamento de fato não alegado por qualquer das partes e cuja análise não poderia ter sido feita de ofício.

Há, também nesses casos, *error in procedendo*. Se isso acontece, impõe-se a invalidação de toda a decisão, tendo em vista que, em regra, não há o que possa ser aproveitado. Naturalmente, se a decisão contém vários capítulos e apenas quanto a um deles se mostra *extra petita*, bastará que se anule o capítulo viciado, preservando-se os demais. Se a decisão transitou em julgado, cabível a ação rescisória, no prazo legal de dois anos.

Interessante observar que, diante da posição adotada pela doutrina brasileira, que apenas vê utilidade na cisão *do dispositivo* da decisão em capítulos, e não na cisão *da sua fundamentação*⁸⁷, a constatação de que o juiz invocou fundamento de fato não suscitado pelas partes deveria ensejar sempre a invalidação de *toda* a decisão, justamente porque a fundamentação seria, segundo esse entendimento majoritário, incindível. Mas não é bem assim. Ainda que a fundamentação do julgado não possa ser cindida em capítulos – premissa com a qual não se concorda –, o princípio do aproveitamento dos atos processuais (art. 248, *in fine*, CPC) impõe que seja preservada a parte da decisão não afetada pelo novo fundamento – desde que, obviamente, isso possa ser objetivamente aferido. Assim, por exemplo, numa demanda em que se pede a condenação do réu ao pagamento de quantia a título de indenização por danos morais e materiais, se o juiz invocou, de ofício, um novo fundamento de fato relacionado apenas à extensão dos danos materiais, e se esse fato era irrelevante para a deliberação sobre o capítulo relativo à indenização por danos morais, a sua

86. Naturalmente, o verbo “inventar” é utilizado aqui com objetivo tão-somente mnemônico. Assim, ainda que o fato analisado na decisão tenha, efetivamente, ocorrido, ele seria “inventado” em relação à realidade dos autos do processo. Trata-se apenas de uma fórmula para facilitar o entendimento.

87. Ver, com amplas referências doutrinárias, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 2 ed., cit., p. 18-30.

decisão condenatória somente precisará ser anulada quanto ao capítulo referente à deliberação sobre os danos materiais, único efetivamente atingido pela extrapolação do limite objetivo da demanda.

Mas existem exceções à limitação de que ora se fala. Há situações em que é lícito à decisão desbordar-se dos seus limites objetivos, senão vejamos:

a) quanto ao *pedido imediato* formulado na demanda (a providência jurisdicional requerida), os arts. 84 do CDC e 461 do CPC autorizam o magistrado a tomar providência *ex officio*, de modo a alcançar com mais facilidade e eficiência o resultado prático almejado; assim, por exemplo, verificando que a providência mandamental requerida não é a mais adequada, o juiz pode tomar providências executivas para a obtenção do bem da vida pretendido⁸⁸;

Importante repetir que, se o autor ingressa com uma ação pleiteando que o juiz *condene* o réu ao pagamento de quantia (prestação de pagar quantia), nada impede que o magistrado, observando que o autor efetivamente tem direito a uma prestação, mas constatando que esse direito ainda não pode ser exigido (porque a dívida ainda não está vencida, por exemplo), limite-se a simplesmente reconhecer (declarar) o direito à prestação, sem impor ao réu a ordem de cumprimento (porque ainda inexigível). Nesse caso, não há nenhuma ofensa à regra da congruência e a decisão *não é extra petita*. A rigor, o magistrado está concedendo *menos* do que o que foi pleiteado (pediu-se a condenação e ele concedeu mera declaração).

b) quanto ao *pedido mediato* (bem da vida, resultado prático buscado com a demanda): (i) o art. 461 do CPC permite que o juiz tome providências no sentido de assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, de modo que é possível, desde que respeitados alguns limites – sobre os quais se falará em momento próprio, mais adiante –, que o juiz defira à parte coisa diversa da inicialmente pretendida⁸⁹; (ii) o art. 805 do CPC admite a fungibilidade das medidas cautelares⁹⁰; (iii) o art. 920 do CPC admite a fungibilidade nas demandas possessórias; (iv) se o juiz observa que as partes se utilizam do processo para alcançar fins ilícitos (colusão), deve proferir, de acordo com o que diz o art. 129 do CPC, decisão que obste os seus objetivos; assim, é admissível que, para frustrar o

88. Admitindo que esses dispositivos configuram uma mitigação à regra da congruência: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 119-121; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os gêneros do processo e o objeto da causa*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênesis, 1996, v. 2, p. 327; WATANABE, Kazuo. "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC)". *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

89. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, cit., p. 120. Vallisney de Souza Oliveira chama atenção, com acerto, de que "o princípio da congruência pode ser legalmente deixado de lado, mas não o princípio constitucional do contraditório"; por isso, o autor afirma que é indispensável que se dê oportunidade às partes para que se manifestem sobre a tutela equivalente que se pretende deferir (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 286).

90. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos sobre o processo cautelar*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33-43.

intento dos falsos contendores, profira decisão fora dos limites do pedido⁹¹; (v) nas ações em que se pleiteia o pagamento de benefício previdenciário decorrente de acidente do trabalho, tem-se mitigado a regra da congruência, admitindo-se a concessão de benefício distinto daquele pleiteado pelo autor, quando o exame pericial assim o indicar⁹²;

c) quanto aos *fundamentos de fato da demanda ou da defesa*, vale aqui tudo o que se disse, sobre esse mesmo aspecto, no sub-item precedente, relativo à decisão *ultra petita*; em que pese não poder o magistrado, como regra, conhecer *ex officio* das questões de fato, poderá fazê-lo em algumas situações: (i) quando se tratar de fato superveniente constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (art. 462, CPC), que é assunto sobre o qual se falará mais adiante; (ii) fatos simples, circunstanciais, independentemente de serem supervenientes (art. 131, CPC); (iii) alguns fundamentos de defesa, como o pagamento, a decadência legal (art. 210, CC), a existência de causa de nulidade do negócio jurídico (arts. 168, p. único, e 424, ambos do CC), desde que haja prova nos autos da ocorrência desses fatos; (iv) o fato notório (art. 334, I, CPC).

5.2.2.3. Decisão *citra petita*

Citra petita (ou *infra petita*⁹³) é a decisão que deixa de analisar (i) pedido formulado, (ii) fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte ou (iii) pedido formulado por ou em face de um determinado sujeito do processo. Igualmente, deixaremos para o item sobre congruência subjetiva a análise desse último aspecto.

Se na decisão *ultra petita* o juiz *exagera* e, na *extra petita*, ele *inventa*, na decisão *citra petita* o magistrado *se esquece* de analisar algo que tenha sido pedido pela parte ou tenha sido trazido como fundamento do seu pedido ou da sua defesa. Daí se vê que *citra/infra petita* é decisão em que houve omissão quanto ao exame de uma questão, seja ela *incidental* ou *principal*⁹⁴.

91. Vallisney de Souza Oliveira traz um interessante exemplo: “em conluio dois invasores de terras combinam entrar um contra o outro com ação de reintegração de posse na propriedade do Poder Público, a fim de que possam legitimar pela ordem judicial a pretendida invasão. (...) Ao tomar conhecimento desse ato simulado, o juiz não julga procedente nem improcedente a reintegração, mas, ao mesmo tempo, declara a propriedade do Estado” (OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 313).

92. Cf. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 318-326.

93. Cândido Rangel Dinamarco diferencia a decisão *citra* da *infra petita*, afirmando que aquela é a decisão que fica aquém do pedido, que não o analisa completamente, enquanto esta é decisão que, analisando-o completamente, o acolhe parcialmente (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros. 2003, v. 2, p. 135, nota 24). A despeito disso, as expressões serão utilizadas neste trabalho como sinônimas.

94. Como visto no v. 1 deste curso, no capítulo sobre a teoria da cognição, e repetido linhas atrás, quando do estudo da fundamentação da decisão judicial, há questões que são postas como fundamento para a solução

Há, portanto, dois tipos de decisão omissa: *a)* aquela que não examinou um pedido (*questão principal*); *b)* a que não examinou algum fundamento/argumento/ questão que tem aptidão de influenciar no julgamento do pedido (*questão incidente*), que efetivamente ocorreu.

Percebeu o ponto VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA, classificando a omissão em *total* e *parcial*: “Na omissão total existe clara e verdadeira transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, pelo fato de que nenhum pronunciamento foi exarado, ao passo que na omissão parcial há jurisdição deficiente e negação parcial do poder judicial de decidir, como, *v. g.*, não julgamento das preliminares e de outras questões constantes exclusivamente da relação processual. Em caso de acumulação de demandas, na qual apenas um pedido (correspondente a uma demanda) foi julgado, sem que se tenha examinado o outro, parece existir omissão total, porquanto na verdade eram duas as demandas a serem julgadas por uma única sentença, esta dividida substancialmente em capítulos”.⁹⁵

No primeiro caso (letra *a*), não se pode dizer que a decisão tem um vício. Não há vício naquilo que não existe. Só tem defeito aquilo que foi feito⁹⁶. Se um pedido não foi examinado, não houve decisão em relação a esse pedido e, portanto, não se pode falar de vício⁹⁷. Do mesmo modo, a solução dos demais pedidos, efetivamente resolvidos, não fica comprometida ou viciada pelo fato de um dos pedidos não ter sido examinado. Nesses casos, a decisão precisa ser *integrada* e

de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (*cognitio*); em relação às últimas, haverá também *iudicium*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; esta forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporá a fundamentação da decisão. Sobre essa resolução, não recairá a imutabilidade da coisa julgada (art. 469, CPC). Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. São as questões postas para uma solução *principaliter*: compõem o objeto do juízo. Somente em relação a estas é possível falar-se de coisa julgada. É o que se retira do art. 468 do CPC: a decisão judicial tem força de lei, nos limites da lide deduzida e das questões decididas.

95. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 270.

96. “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser defeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de *deficio* (fúcio) e sugere estar mal feito”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1983. t. 4, p. 13-14.)

97. “Se o todo é inexistente quando nenhum dos itens que compunham o *thema decidendum* foi objeto de pronunciamento na conclusão, por igualdade de razão será inexistente a parte ou capítulo relativo a algum item específico, sobre o qual haja deixado o juiz de pronunciar-se no dispositivo. Em outras palavras: a inexistência da sentença pode ser *total* ou *parcial*, mas em ambos os casos rege-se pelas mesmas normas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo”. *Temas de direito processual – segunda série*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247.)

não invalidada; *não se pode invalidar o que não existe*⁹⁸. A integração da decisão é uma das possíveis pretensões que podem ser deduzidas em um recurso. *Integrar* a decisão é torná-la inteira, completa, perfeita; *integrar* a decisão não é invalidá-la.

Tanto a decisão que não examina o pedido é, neste aspecto, uma não-decisão, que é plenamente possível a repropositura de demanda que contenha pedido já formulado, porém não examinado, na medida em que não se pode falar de coisa julgada em relação ao que não foi decidido e, pois, não existe. Não pode ficar imutável e indiscutível aquilo que não se sabe o que é, porque não é (não existe)⁹⁹. Justamente por isso, impossível o manejo de ação rescisória para desconstituir o que não existe.

O STJ entende, porém, que “se o órgão julgador se omitir em estabelecer honorários advocatícios e a sentença transitar em julgado (julgamento final), estes não podem ser cobrados em ação própria” (Corte Especial, REsp. n. 886.178/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02.12.2009, julgamento pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos; Corte Especial, EREsp n. 462.742/SC, rel. Min. Barros Monteiro, rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15.08.2007, publicado no DJe de 24.03.2008; 1ª T., REsp n. 710.789/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.09.2008, publicado no DJe de 08.10.2008). A orientação do STJ não tem qualquer fundamentação. Os argumentos examinados no texto não foram enfrentados. Trata-se de orientação manifestamente equivocada. Reconhece-se a indiscutibilidade de uma não-decisão. Há “coisa julgada” sem que a questão dos honorários advocatícios tenha sido julgada. Aceita-se um julgamento implícito denegatório dos honorários advocatícios, em ofensa clara à garantia da motivação das decisões judiciais e à exigência de certeza das decisões. Afirmou-se, inclusive, a possibilidade de ajuizamento de futura ação rescisória, sem que se saiba, entretanto, o que será alvo de rescisão.

O entendimento foi consolidado no n. 453 da súmula do STJ: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

Situação diversa é a da decisão que, analisando um pedido, deixa de examinar uma questão indispensável à sua solução, que tenha sido suscitada ou que seja questão cognoscível *ex officio* (letra *b*). Nesse caso, há decisão, com um defeito que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

98. Em sentido diverso, considerando que a decisão que não examinou um pedido é nula, por exemplo, OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*, cit., p. 269; BUENO, Cassio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004. n. 2 ao art. 460, p. 1.399.

99. Sobre o tema, amplamente, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 241-252.

Ambas as omissões podem ser sanadas com a oposição dos embargos de declaração. A dúvida é: e se não forem opostos os embargos de declaração, qual deve ser a postura do tribunal ao constatar a omissão na decisão judicial?

No primeiro caso, *não* deve o tribunal invalidar a decisão. Como visto, não há o que ser invalidado; deve o tribunal determinar que o juízo *a quo* complete o julgamento, decidindo o pedido não examinado. O tribunal pode fazer isso independentemente de pedido na apelação¹⁰⁰, pois, como já foi visto, a decisão recorrida não está sendo reformada ou anulada. Trata-se de um juízo de fato do tribunal, que constata a ausência de solução de um pedido, determinando que o juízo *a quo* termine o seu ofício. Para que isso não impeça o prosseguimento do processo em relação aos pedidos que já foram examinados, deve o tribunal determinar a extração de cópia dos autos, para que os originais, ou a cópia, desçam ao juízo *a quo*, e o processo prossiga nos autos suplementares, ou nos originais, tanto faz.

O segundo problema é de mais fácil solução. A apelação, e de resto os demais recursos, devolvem ao juízo *ad quem* o exame das questões suscitadas e discutidas no processo, que possam interferir na solução do objeto litigioso recursal (a pretensão do demandante), de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Assim, o tribunal, ao constatar que não houve exame de um dos fundamentos ou de alguma questão relevante que tenha sido suscitada, ou mesmo uma questão cognoscível *ex officio* (que não precisa ter sido suscitada), deve ele próprio examinar essas questões, não sendo o caso de devolução dos autos ao juízo *a quo*. Mantendo-se, porém, a omissão quanto a fundamento relevante e sobrevindo o trânsito em julgado da decisão, é cabível a ação rescisória.

Percebe-se, então, que a não-interposição dos embargos de declaração contra uma decisão omissa não gera qualquer preclusão, permitindo a correção da omissão pelo tribunal. Ademais, no primeiro caso, não haveria sequer a possibilidade teórica de alegar qualquer espécie de preclusão ou coisa julgada: se não houve decisão, a coisa julgada recairia sobre o quê? Imaginar-se-ia uma possível solução, tornando-a indiscutível? Qual: procedência, procedência parcial ou improcedência? “É ocioso salientar o que há de óbvio na asserção: *coisa julgada* não pode deixar

100. Com a ressalva já feita de que a sentença, nesses casos, não deve ser invalidada, porque decisão não há, ver esse julgado da 6ª T. do STJ no REsp n. 243.988/SC, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. em 27.10.2004, publicado no DJ de 22.11.2004, p. 393: “I. A eg. Terceira Seção desta Corte, pelas Turmas que a compõem, firmou entendimento no sentido de que a decretação de nulidade da sentença *citra petita* pode ser realizada de ofício pelo Tribunal *ad quem*. Nesse caso, o recurso de apelação não está condicionado à prévia oposição de embargos de declaração”. No mesmo sentido, fazendo-se a mesma ressalva, STJ, 6ª T., REsp n. 500.175/MA, rel. Min. Paulo Medina, j. 06.04.2004, publicado no DJ de 03.05.2004, p. 221.

de ser a coisa (*res*) que se julgou. Aquilo que não se julgou... não se converte, à evidência, em coisa julgada!”¹⁰¹

Por último, é importante examinar a decisão *citra petita* à luz de três situações: a) cumulação de pedidos, b) pedido implícito e c) cumulação de fundamentos do pedido ou da defesa.

Quando há *cumulação de pedidos*, a necessidade da análise de todos os pedidos cumulados dependerá do tipo de cumulação de que lançou mão o demandante¹⁰². Quando o requerente formula pedidos em *cumulação própria simples*, caracterizada pela dedução de pretensões autônomas entre si, que podem ser acolhidas simultaneamente, será *citra petita* a decisão que deixar de analisar qualquer delas. Quando o demandante formula pedidos em *cumulação própria sucessiva*, que se caracteriza pela existência de um vínculo de precedência lógica na análise das pretensões cumuladas, no sentido de que o exame do pedido seguinte depende do acolhimento do pedido anterior, será *citra petita* a decisão que deixar de apreciar o pedido precedente, bem como aquela que não examinar o pedido subsequente nos casos em que o precedente foi acolhido.

Quando o requerente formula pedidos em *cumulação imprópria subsidiária* (ou *eventual*), deverá o juiz analisar o pedido principal e, somente no caso de não admiti-lo ou de indeferi-lo, poderá passar ao exame do pedido subsidiário (art. 289, CPC). Assim, *infra petita* é a decisão que, sem analisar o pedido principal, passa ao exame imediato do subsidiário, bem como aquela que, inadmitindo ou rejeitando o pedido principal, deixa de resolver o pedido subsidiário. Por último, se o demandante formula pedidos em cumulação alternativa – é o que se dá quando pretende obter uma coisa *ou* outra, sem estabelecer qualquer ordem de preferência –, será *citra petita* a decisão que não analisar nenhum deles ou não apreciar um dos pedidos, quando o outro for rejeitado.

Quanto ao *pedido implícito*, tem-se que, se o magistrado deixar de resolver questão sobre a qual, por vontade do legislador, deveria manifestar-se independentemente de requerimento do interessado, haverá aí omissão e, pois, a sua decisão será, quanto à questão não resolvida, *citra petita*. O interessante aqui é notar que a omissão existirá, *ainda que* nenhum pedido tenha sido expressamente

101. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 243. E arremata o mesmo autor: “... caso falte conclusão sobre *algum* item, não haverá sentença *nessa parte*, nem, pois, quanto a ela, *res iudicata*. Se a sentença inexistente não produz coisa julgada – proposição que ninguém questionará –, tampouco a produz, logicamente, qualquer parte ou capítulo inexistente de uma sentença”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo”, cit., p. 247).

102. Sobre cumulação de pedidos, ver, no v. 1 deste *Curso*, o capítulo sobre petição inicial.

formulado, porque o dever de resolver a questão, como se disse, decorre de uma vontade do legislador.

Quanto à *cumulação dos fundamentos do pedido ou da defesa*, é bastante corriqueiro nos tribunais o entendimento segundo o qual o julgador não está obrigado a enfrentar todas as questões de fato e de direito postas pelas partes, bastando que a sua análise se restrinja àquelas questões essenciais ao julgamento da causa. Trata-se de entendimento que encerra uma premissa verdadeira, mas que, na prática, muitas vezes é mal aplicado, dando azo a verdades arbitrariedades.

Efetivamente, se houver cumulação de fundamentos e apenas um deles for suficiente para o acolhimento do pedido (no caso de cumulação de causas de pedir, isto é, de concurso próprio de direitos¹⁰³) ou para o seu não-acolhimento (no caso de cumulação de *causae excipiendo*, ou seja, causas de defesa), bastará que o julgador analise o motivo suficiente em suas razões de decidir. Tendo-o por demonstrado, não precisará analisar os outros fundamentos, haja vista que já lhe será possível conferir à parte (autora ou ré, a depender do caso) os efeitos pretendidos. Aí, pois, está o cerne da questão: para *acolher* o pedido do autor, o juiz não precisa analisar todos os fundamentos da sua demanda, mas necessariamente precisa analisar todos os fundamentos de defesa do réu; já para *negar* o pedido do autor, o magistrado não precisa analisar todos os fundamentos da defesa, mas precisa analisar todos os fundamentos da demanda¹⁰⁴.

Assim, por exemplo, se o autor pretende separar-se de seu cônjuge e narra, como causa que inviabiliza a comunhão de vida, situação que se encaixa como “injúria grave” (art. 1.573, III, CC) e outra representativa de “conduta desonrosa” (art. 1.573, VI, CC), bastará ao magistrado, para julgar procedente o pedido, convencer-se da existência de uma dessas situações, visto que a constatação de qualquer delas já lhe possibilita chegar a um juízo de procedência. No entanto, para julgar improcedente este mesmo pedido, deverá necessariamente analisar *todos* os fundamentos em que ele se baseia.

Num outro exemplo, para negar o pedido de pagamento de quantia formulado pelo autor, o magistrado não precisa analisar a compensação arguida pelo réu em sua defesa se já se convencera do pagamento, outro fundamento por ele invocado na contestação. No entanto, para condenar o demandado, o juiz precisa, necessariamente, analisar todos os fundamentos da defesa.

Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por contrariar a garantia do

103. Sobre o assunto, ver o capítulo relativo à teoria da ação, no vol. 1 deste *Curso*.

104. Nesse sentido: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 4; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4 ed., cit., p. 475.

contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e por não observar a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração.

Trata-se de assunto extremamente relevante, inclusive sob o ponto de vista prático, porque a omissão nesses casos muitas vezes inviabiliza a discussão da matéria nas instâncias extraordinárias, por meio dos recursos de estrito direito (extraordinário e especial). Em casos tais, a parte, se pretender levar a discussão aos tribunais superiores, precisa ingressar com embargos de declaração para fins de prequestionamento. Muitas vezes, porém, no julgamento desses embargos, o tribunal *a quo* termina por dizer que não está obrigado a analisar todos os fundamentos da tese. Na maioria dos casos, é uma decisão arbitrária que, por negar à parte um pronunciamento sobre o assunto, termina por submetê-la a uma desnecessária e injustificada protelação do processo. Basta ver que, pretendendo levar a causa ao STJ, essa parte terá que, inicialmente, interpor recurso especial por violação ao art. 535 do CPC para, só após o seu eventual acolhimento e depois de ter o tribunal *a quo* suprido a omissão, poder, aí sim, interpor novo recurso especial, desta feita impugnando, efetivamente, a análise que esse tribunal fizer da questão sobre a qual anteriormente se omitira¹⁰⁵.

5.2.3. A congruência subjetiva

A decisão judicial deve guardar correlação com os sujeitos parciais da relação jurídica processual, não podendo, ao menos em regra, atingir quem dela não tenha participado. É dizer: as questões resolvidas na motivação da decisão, bem como o conteúdo da sua parte dispositiva somente vinculam, a princípio, os sujeitos parciais do processo, razão por que somente em relação a eles a decisão produzirá seus efeitos diretos. Essa é a regra da congruência subjetiva.

Naturalmente, também fere a regra da congruência subjetiva a decisão que produz efeitos em relação ao sujeito que, embora tenha participado da relação processual, dela já não mais participa¹⁰⁶ porque (i) foi excluído por ato anterior do juiz – como ocorre com a exclusão decorrente da ausência de requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito em relação a algum dos sujeitos (ilegitimidade passiva, por exemplo) ou com a exclusão decorrente da dissolução de litisconsórcio multitudinário (art. 46, p. único, CPC); (ii) foi excluído por ato de vontade da parte – a desistência ou renúncia operada por um dos litisconsortes ativos ou em favor de um dos litisconsortes passivos; (iii) ocorreu uma das hipóteses de alteração subjetiva do processo – como, por exemplo, a sucessão do nomeante pelo nomeado, na nomeação à autoria (art. 66, CPC), ou a do alienante pelo adquirente, na alienação

105. Essa protelação será um pouco menos gravosa se a parte pretender levar a discussão da causa ao STF, porque este tribunal tem entendido que, para que haja prequestionamento, basta a provocação da parte, ainda que sobre o ponto se omita a decisão recorrida. Tratar-se-á deste e de outros assuntos, como mais vagar, no capítulo próprio, constante do v. 3 deste *Curso*.

106. A oportuna lembrança é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 287-288.

da coisa litigiosa (art. 42, § 1º, CPC), ou ainda nos casos de sucessão *mortis causa* (art. 43, CPC).

Se a decisão judicial dispõe sobre a situação jurídica de sujeito que não fez (ou não faz) parte da relação jurídica processual na qual ela se formou, ela será subjetivamente incongruente. Será *ultra petita*, se seus efeitos atingirem quem faz parte da relação processual e também quem dela não participa; será *extra petita*, se apenas atingir quem não participa do processo; será *citra petita*, se não regulamentar a situação jurídica de todos os envolvidos no processo, seja no polo ativo, seja no passivo.

É o que se dá, por exemplo, com a decisão que impõe obrigação a litisconsorte passivo necessário não-citado ou com a que reconhece direito em favor de sujeito que não compôs o polo ativo da demanda. É o que ocorre, também, quando o magistrado julga improcedente o pedido formulado pelo demandante e afirma, em sua conclusão, que esse pedido também é (ou seria) improcedente em face de sujeito que não participou do processo¹⁰⁷.

Se a decisão for *ultra petita*, basta que, num eventual recurso manejado contra ela, seja anulada na parte em que se mostra incongruente, expurgando-se dela o capítulo em que dispõe sobre o sujeito que não participou do processo e mantendo-se o capítulo que regulamenta a situação jurídica do que efetivamente foi parte. Se for *extra petita*, precisará ser totalmente invalidada, não havendo o que possa ser aproveitado. Sobrevindo, porém, o trânsito em julgado, admite-se o ajuizamento, nos dois anos que se lhe seguirem, da ação rescisória¹⁰⁸. Por se tratar, contudo, de vício *transrescisório* – sobretudo o da decisão que desfavorece sujeito que não participou do processo –, admissível a arguição desse tipo de nulidade até mesmo após o prazo para rescisória, o que pode ser feito na impugnação à execução de sentença (art. 475-L, I, CPC), nos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, CPC), em exceção de não-executividade ou mesmo mediante ação autônoma, denominada de *querela nullitatis*¹⁰⁹.

Sendo *citra petita*, a decisão precisará ser integrada em grau recursal, acrescentando-lhe o capítulo faltante. Sobrevindo o trânsito em julgado, não há que se falar em ajuizamento de ação rescisória, pelo simples motivo de que não houve aí decisão quanto a um dos sujeitos envolvidos no processo. Assim, será possível o ajuizamento de nova demanda.

107. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 275-276.

108. Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 251.

109. Ver o capítulo relativo à ação de nulidade de sentença (*querela nullitatis*), no v. 3 deste Curso.

Os fundamentos da decisão também se submetem à regra da congruência subjetiva. A resolução das questões incidentais somente vincula as partes envolvidas no processo, não se estendendo a quem dele não tenha participado.

É por isso que uma mesma questão, seja de fato ou de direito, resolvida *incidenter tantum* num processo pode ter solução diversa em outro processo. Assim, por exemplo, se “A” move contra seu ex-empregador demanda pleiteando indenização por danos materiais em razão de ter sido acometido por doença profissional incapacitante durante o exercício de suas atividades e o juiz a julga procedente, por considerar insalubre o ambiente de trabalho, uma posterior demanda, movida por “B”, que exercia as mesmas atividades que “A”, contra o mesmo ex-empregador e pelo mesmo fundamento (doença profissional incapacitante), não necessariamente terá a mesma sorte do processo manejado por “A”. É possível que, neste segundo processo, o juiz não se convença da insalubridade do ambiente de trabalho e a julgue improcedente. A possibilidade de que a mesma questão seja resolvida de modos distintos decorre do fato de que (i) o dispositivo e os fundamentos contidos na primeira decisão somente vinculam as partes envolvidas naquele processo (regra da congruência subjetiva) e (ii) o juiz condutor do segundo processo é livre para resolver as questões incidentais que são postas à sua apreciação, bastando que justifique racionalmente o seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).

Casos há, contudo, em que uma decisão pode extravasar os limites subjetivos da demanda, estendendo seus efeitos a quem não participou do processo no qual ela se formou. São situações em que a coisa julgada opera *ultra partes* ou *erga omnes*. O tema será examinado no capítulo dedicado à coisa julgada, no item sobre os seus limites subjetivos.

Outra exceção diz respeito ao recurso interposto por apenas um dos litisconsortes. A decisão que resolve a demanda recursal, em regra, apenas produz efeitos em relação ao recorrente. É possível, porém, que o resultado aí obtido atinja os outros litisconsortes, ainda que não hajam interposto recurso, nos casos de litisconsórcio unitário em que não forem conflitantes os seus interesses (art. 509, CPC)¹¹⁰. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por apenas um dos co-devedores solidários estende seus efeitos aos demais, ainda que não haja litisconsórcio unitário entre eles¹¹¹.

O art. 883, p. ún., do CC, ao que parece, trouxe mais uma interessante exceção à regra da congruência subjetiva, admitindo que, nos casos em que o autor pede a repetição de indébito de coisa ou quantia dada para a obtenção de fim ilícito ou imoral, o juiz,

110. Embora o art. 509 do CPC não o diga expressamente, a regra aí prevista apenas se aplica aos casos de litisconsórcio unitário; nas demais hipóteses, impõe-se a limitação subjetiva da decisão ao litisconsorte recorrente, pela desnecessidade da uniformidade da disciplina. Ver maiores considerações sobre esse assunto no capítulo relativo à teoria geral dos recursos, v. 3 deste Curso.

111. Vale lembrar que a solidariedade pode implicar litisconsórcio unitário ou simples, a depender da divisibilidade ou não do bem jurídico envolvido (arts. 257 a 263, CC).

concluindo ter havido o pagamento indevido, condene o réu à restituição da coisa ou da quantia, revertendo-a a um estabelecimento local de beneficência. Como se vê, a decisão aí favoreceria sujeito não-participante da relação jurídica processual.

5.3. A congruência interna

5.3.1. Introdução: uma comparação com os requisitos do pedido

A correlação que há entre a decisão e o pedido que lhe dá ensejo permite que se possa estabelecer entre eles uma comparação quanto aos seus requisitos internos, assim entendidos aqueles essenciais à inteligência do ato. A decisão, do mesmo modo que o pedido, deve mostrar-se congruente em si mesma, vislumbrando-se nela uma coerência interna, sob pena de ser inválida.

No estudo sobre petição inicial (v. 1 deste *Curso*), viu-se que o pedido precisa revestir-se de três requisitos internos: *certeza*, *liquidez* e *concludência*. Pode-se estabelecer um paralelo perfeito entre esses três requisitos internos do pedido e os três requisitos internos da decisão: *certeza*, *liquidez* e *clareza/coerência*. É exatamente isso que se passa a demonstrar.

5.3.2. *Certeza* (art. 460, p. ún., CPC)

É corrente o entendimento de que, pelo teor do art. 460, p. único, do CPC, a decisão judicial não pode, ela mesma, criar condições à sua própria eficácia¹¹².

Essa afirmação precisa ser bem analisada, para que se possam definir os seus limites. Com efeito, o art. 460, p. ún., do CPC, dispõe que “a sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”. Pelo que se vê, o dispositivo determina que a sentença (e, pois, a decisão de uma forma geral) seja *certa*; nada há aí que diga que ela não pode criar uma condição para que seja eficaz. Existe uma diferença entre esses conceitos.

Certo é o pronunciamento do juiz quando ele expressamente *certifica* a existência ou inexistência de um direito afirmado pela parte, ou ainda quando expressamente *certifica* a inviabilidade de analisá-lo (quando falta requisito de admissibilidade do procedimento). A *certeza* consubstancia-se, portanto, na necessidade de que o juiz, ao analisar o pedido que lhe foi dirigido, firme um *preceito*,

112. Nesse sentido, por exemplo: SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11 ed., v. 1, p. 223; OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 cd., v. 3, cit., p. 214.

definindo a norma jurídica para o caso concreto e, com isso, retire as partes do estado de dúvida no qual se encontravam¹¹³.

Do mesmo modo que o pedido deve ser certo, isto é, deve ser expressamente formulado, definindo exatamente o objeto da pretensão, também a decisão que o analisa, porque com ele se correlaciona, deve ser certa, é dizer, expressa em termos inequívocos quanto à conclusão a que o magistrado chegou acerca daquele pedido: acolhê-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte, ou ainda não analisá-lo.

A certeza é requisito que deve ser observado mesmo quando o pedido se refira a uma *relação jurídica condicional*, isto porque uma coisa é a condição que eventualmente recai sobre o direito reconhecido na decisão, outra coisa é a condição que se erige para o reconhecimento desse direito¹¹⁴. É o que ocorre, por exemplo, quando, em ação declaratória, se pede para que o magistrado certifique a existência de um determinado contrato verbal cujos efeitos estão sujeitos a termo ou condição. Em casos tais, a efetivação da decisão proferida somente será possível se o credor demonstrar, na própria fase executiva do procedimento, que se realizou a condição ou que ocorreu o termo a cuja superveniência estão submetidos os efeitos do negócio firmado (art. 572, CPC).

TEORI ZAVASCKI lembra que “os que sustentam que apenas a sentença condenatória é apta a desencadear o processo de execução encontram dificuldades em justificar a executividade do provimento a que se refere o citado artigo, especialmente quando se refere a relação jurídica subordinada a condição suspensiva”.¹¹⁵

Sobre a possibilidade de se efetivar a decisão declaratória e a mudança implementada, no particular, pela Lei Federal n. 11.232/2005 falar-se-á mais adiante, em item próprio.

Disso se pode concluir que a *certeza* a que alude o art. 460, p. ún., do CPC, é atributo que se relaciona à *validade* do pronunciamento judicial; é um qualificativo que se pode atribuir à decisão. Inicialmente, deve *existir* uma decisão, ou seja, uma conclusão expressa acerca do pedido dirigido ao órgão jurisdicional. Existindo essa conclusão, a decisão somente será válida se, dentre outras coisas, for *certa*, se firmar um preceito, estabelecendo uma certeza.

113. “A sentença deve ser *precisa*, no sentido de *certa*, tradutora de *certeza*, de modo a tornar indubitável aquilo a que condena o réu (sentença condenatória) ou o que declara (sentença declaratória) ou o que constitui ou desconstitui (sentença constitutiva)” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 443).

114. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”. *Estudios de derecho procesal*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, v. 2, p. 185.

115. ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.). 3 ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 33.

A exigência da *certeza* como requisito de validade da decisão não impede que o juiz, ao julgar, crie, ele mesmo, uma condição de eficácia do seu pronunciamento¹¹⁶. E isto se dá porque, enquanto a *certeza* é atributo que se relaciona ao *plano da validade* do ato jurídico *sentença*, a sujeição, ou não, desse ato a uma *condição* é situação relacionada ao *plano da eficácia*.

Eis o que diz PONTES DE MIRANDA: “De condição somente se pode falar quando a *eficácia* de determinada manifestação de vontade, entrando no mundo jurídico, fica dependente de circunstância incerta, que não pertence ao que se chamou suporte fático ‘legal’ (...). O elemento, *que a condição realiza*, não é elemento do suporte fático, no que ele é necessário à existência e à validade; e só alude à eficácia”.¹¹⁷

Existem alguns exemplos de decisões que se sujeitam, legitimamente, a condições por elas mesmas criadas:

a) a decisão que impõe uma obrigação de fazer, não-fazer ou de entregar coisa num determinado prazo, sob pena de incidência de multa, opera efeitos imediatamente em relação ao reconhecimento do direito à prestação e à imposição dessa prestação ao réu, mas se sujeita a uma condição suspensiva, por ela mesma criada, quanto à incidência da medida coercitiva, eis que a multa somente passará a incidir se não houver cumprimento espontâneo no prazo previsto;

b) de acordo com o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/99, o STF pode, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade, restringir os efeitos temporais da sua decisão, fixando outro termo a partir do qual ela será eficaz; esse termo poderá ser a data do trânsito em julgado do acórdão ou qualquer outro momento, no passado ou no futuro, desde que haja deliberação, nesse sentido, de no mínimo dois terços dos seus membros e que esta deliberação esteja fundada em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social; vê-se, pois, que o legislador termina por conferir ao STF a possibilidade de proferir uma decisão condicional, porquanto sujeita a termo ou condição suspensiva de eficácia;

c) a decisão que condena o beneficiário da justiça gratuita ao pagamento de custas e honorários advocatícios é mais um exemplo de decisão que prevê condição à sua própria eficácia (art. 12, Lei Federal n. 1.060/50): ela certifica o direito de se exigir do beneficiário o pagamento daquelas quantias, mas a eficácia da condenação fica suspensa até que sobrevenha, nos próximos cinco anos, um

116. Vicente Greco Filho afirma o seguinte: “Isso não quer dizer que a sentença não possa estabelecer, por exemplo, alguma prestação do autor para que se possa executá-la, mas isso não a torna incerta ou condicional. A condenação é certa, mas a execução deve ser precedida de algum ato do credor” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed., v. 2, p. 258).

117. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*, cit., t. 5, p. 73-74.

evento futuro e incerto (incremento de fortuna do beneficiário); se ele vier, poderá o credor executá-lo; se não, perderá o direito ao crédito.

É possível, ainda, que a eficácia da sentença fique sob *condição legal suspensiva*, como acontece nas hipóteses de reexame necessário (art. 475, CPC) ou *condição legal resolutiva*, nos casos em que a sentença é proferida estando pendente de análise agravo de instrumento, cuja decisão lhe é preliminar ou prejudicial (afete a solução de alguma questão decidida na sentença)¹¹⁸.

Dessa forma, quando se exige, no parágrafo único do art. 460, que a decisão seja *certa*, está-se impondo que ela firme um preceito, uma certeza, seja para reconhecer a existência ou inexistência do direito buscado pela parte, seja para reconhecer a impossibilidade de se analisar o pedido formulado. Esse reconhecimento é que não pode ser condicionado.

Em função disso, não é lícito ao magistrado, por exemplo, declarar o direito do autor a uma indenização por danos que eventualmente venham a ser demonstrados na fase de liquidação. Essa vedação não decorre do fato de a decisão prever, ela mesma, uma condição, mas sim porque o evento futuro e incerto por ela previsto condiciona a própria certeza que deveria ser estabelecida na decisão. Assim, a pretexto de certificar, o juiz afirma existente o que ele mesmo diz que *ainda* não existe¹¹⁹ – tanto que relega à fase de liquidação a apuração da própria existência dos danos (*an debeatur*). Pode-se ver que aí *existe* uma decisão, consubstanciada na manifestação expressa da vontade do órgão julgador, mas essa decisão é inválida porque nada certifica, não firma preceito algum e, por isso, não retira as partes da situação de dúvida em que se encontravam.

Interessante exemplo de sentença tida como *condicional*, mas que na verdade é sentença *incerta* – porque a própria certificação é que se sujeita a uma condição, e não seus efeitos –, é a sentença proferida com a cláusula *se iuraverit* (se jurar). Como bem lembra MONIZ DE ARAGÃO, antigamente o juramento era admitido como meio de prova, de modo que o juiz podia, por exemplo, proferir sentença determinando ao vencido que pagasse ao vencedor uma determinada quantia, *se* o vencedor jurasse que a quantia lhe era devida¹²⁰. CARNELUTTI negou que essa sentença fôsse condicional. Segundo suas palavras, “de él depende, en definitiva, no ya el efecto de la

118. NERY JR., Nelson. “Liminar impugnada e sentença irrecorrida: a sorte do agravo de instrumento”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 528.

119. É nesse sentido que se pode dizer que a sentença condicional é a “correta expressão de uma impossibilidade” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Bookseller, 2000, t. 3, n. 541, p. 659) e que “constitui contradição nos termos” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 123).

120. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 120.

sentencia, sino la victoria de una o de la otra parte, por lo que habría que discurrir aquí, no de una sentencia, sino de una *victoria condicional*”¹²¹.

Proferida nos dias atuais, seria uma decisão inválida, não porque cria uma condição para sua própria eficácia, mas porque cria uma condição para a certificação do direito – uma decisão *incerta*, portanto (e não *condicional*).

Vale a pena repetir para que fique bem claro o ponto de vista ora defendido: o art. 460, p. ún., do CPC, não veda que a decisão judicial preveja uma condição de eficácia do direito por ela certificado, isto é, não proíbe a prolação de uma decisão condicional; ele veda a não-certificação do direito afirmado e posto à análise do juiz. E aí está o ponto nodal da questão: essa não-certificação *pode* decorrer de uma condição indevidamente criada pelo magistrado ao próprio reconhecimento do direito da parte – é o que se dá no exemplo trazido acima, em que o juiz condiciona a *certificação* do direito à indenização a uma posterior demonstração dos danos –, mas pode decorrer também de outros motivos, como, por exemplo, a falta de clareza quanto à conclusão alcançada ou a pura e simples omissão acerca de um pedido formulado ou acerca de um pedido implícito¹²². Do mesmo modo, é possível que, à luz do caso concreto ou de permissivo legal, a decisão condicione seus efeitos a evento futuro e incerto sem que isso signifique, necessariamente, que seja *incerta*.

A decisão *incerta* é fruto de uma atividade cognitiva incompleta e, conforme lição de CARNELUTTI, “lo incompleto de la cognición determina una aparente condicionalidad, no una condicionalidad real de la sentencia, entendida como subordinación de su eficacia a un evento futuro e incierto”¹²³. Daí se vê, portanto, que é possível, sim, em determinados casos, a prolação de decisão *condicional*; o que não se admite é a prolação de decisão *incerta*.

5.3.3. *Liquidez*

A decisão judicial, que imponha o cumprimento de uma prestação, certifica uma relação jurídica, em cujo bojo há uma situação jurídica ativa consistente no poder de exigir o cumprimento de uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia). Para tanto, a decisão judicial deve conter pronunciamento sobre: *a)* o *an debeatur* (existência da dívida); *b)* o *cui debeatur* (a quem é devido); *c)* o *quis debeat* (quem deve); *d)* o *quid debeatur* (o que é devido); *e)* nos casos em

121. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”, in *Estudios de derecho procesal*, cit., v. II, p. 188.

122. No caso de omissão do juiz, não se pode sequer dizer que há aí *decisão*, quiçá qualificá-la como *certa* ou *incerta*.

123. CARNELUTTI, Francesco. “La sentencia condicional”, in *Estudios de derecho procesal*, cit., v. 2, p. 195.

que o objeto da prestação é suscetível de quantificação, *quantum debeatur* (a quantidade devida).¹²⁴

Pela redação do art. 603 do CPC, era possível concluir que decisão ilíquida era aquela que (i) não determinava o valor da condenação (*quantum debeatur*) ou (ii) não individualizava completamente o seu objeto (*quid debeatur*). Esse artigo, no entanto, foi revogado pela Lei Federal n. 11.232/2005. Em seu lugar, passou a regular a matéria o *caput* do art. 475-A, cuja redação é a seguinte: “Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação”.

Note-se que, ao descrever uma decisão ilíquida, o legislador referiu-se apenas à hipótese de indeterminação do valor devido – obrigação pecuniária, pois. O art. 603 referia-se também à iliquidez decorrente da falta de individuação do objeto da condenação – obrigação de entrega de coisa distinta de dinheiro.

São duas as interpretações possíveis:

a) toda sentença que versa sobre uma obrigação de entrega de coisa deve ser necessariamente líquida, embora não haja previsão expressa nesse sentido (como houve em outros casos: conforme se verá, o § 3º do art. 475-A impede a iliquidez da sentença em certas hipóteses).

b) o legislador optou por deixar o regramento da liquidação da decisão que determina a entrega de coisa para o art. 461-A, dedicado ao cumprimento de decisão judicial com tal conteúdo¹²⁵. O seu § 1º está assim redigido: “Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz”.

Parece que a primeira interpretação deve ser descartada. Duas são as razões: em primeiro lugar, permanece possível a formulação de pedido genérico em ação universal (art. 286, I, CPC); em segundo lugar, a sentença, em tais casos, poderá ser ilíquida (art. 459, p. ún., CPC) – e a sua liquidação consistirá exatamente na individuação dos bens que compõem a universalidade¹²⁶ – chamada por HUMBERTO THEODORO JR. de *liquidação imprópria*¹²⁷.

124. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v.8, p. 338.

125. Bem parecido, ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 94.

126. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 335.

127. THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999, p. 223. Cândido Rangel Dinamarco chama de “imprópria” a liquidação das sentenças coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 632).

Mesmo que se adote a segunda interpretação, é certo que o regramento do art. 461-A é insuficiente para a liquidação de toda decisão judicial que impuser a entrega de coisa. Não há solução, por exemplo, para a hipótese da sentença em ação universal. Também não há solução para outros casos: dar tantas sacas de cimento quantas sejam necessárias para a edificação de um prédio com determinadas características; fornecer tantas unidades de certo medicamento quantas sejam necessárias ao tratamento de determinados enfermos etc.¹²⁸

Uma conclusão se impõe, portanto: a despeito do silêncio normativo¹²⁹, é possível entender que ilíquida é a decisão que (i) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação – por exemplo, a que condena o réu ao pagamento de indenização de valor a ser apurado em posterior liquidação – ou (ii) que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeatur*) – por exemplo, a que determina ao réu que entregue duas toneladas de grãos, sem identificar a espécie, ou a que impõe a construção de um muro, sem dizer como, onde nem quando fazê-lo¹³⁰.

Numa perspectiva inversa, *líquida* é a decisão que define a extensão do direito subjetivo por ela certificado, isto é, define o *quantum debeatur*, nas prestações sujeitas a quantificação, bem assim aquela que individualiza completamente o objeto da prestação¹³¹.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO tem entendimento mais restrito de liquidez. Para ele, “o tema da liquidez ou iliquidez só existe quando se trata de obrigações cujo objeto seja suscetível de quantificação pela medida, peso, volume, quantidade etc. (...) Não existe nas demais hipóteses, em que não se concebe quantificação alguma: não há como quantificar uma obrigação de dar coisa certa ou de prestar um ato ou abster-se dele (obrigações de fazer ou de não-fazer)”.¹³²

Pode-se, pois, estabelecer um paralelo entre a liquidez como requisito da sentença e a liquidez como requisito interno do pedido: do mesmo modo que a

128. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., v. 4, p. 215. Conferir, ainda, com bela exposição, GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 2, p. 241-243.

129. Percebeu a omissão legislativa, ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 93.

130. “Não basta condenar o réu a levantar o muro. É preciso estipular, ainda, como, onde e quando fazê-lo” (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*, p. 96).

131. “O que é líquido flui, escorre. Mas o líquido adquiriu, muito mais tarde, o significado de ter posição exata, ter limites claros. Compreende-se que os menos avisados confundam com a clareza a liquidez, que a supõe. O claro pode não ser líquido, mas o líquido há de ser claro, razão por que, a cada momento, verberamos a expressão ‘líquido e certo’, em vez de ‘certo e líquido’” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 9, p. 374).

132. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 213-214.

decisão, o pedido, além de certo (expresso), deve ser também *líquido* (ou *determinado*, como afirma o art. 286 do CPC), o que significa dizer que, afora as hipóteses excepcionais previstas no art. 286 do CPC, o demandante necessariamente deverá indicar qual a *extensão* do direito de que se afirma titular e cujo reconhecimento pleiteia, quantificando a sua postulação, bem assim *individualizar* o máximo possível o objeto de sua postulação.

A princípio, toda decisão deve ser líquida, somente se admitindo que seja ilíquida quando o demandante formula pedido ilíquido (art. 459, p. ún., c/c art. 286, ambos do CPC) e não é possível chegar à liquidação do montante da prestação ou do seu objeto durante a etapa cognitiva do procedimento. Em outras palavras, se o autor formula pedido líquido, não poderá o juiz proferir decisão ilíquida (art. 459, p. ún., CPC).¹³³⁻¹³⁴ Mas o STJ tem feito concessões a esta regra.¹³⁵

Ademais, somente o *credor* tem interesse em suscitar a nulidade da decisão ilíquida nos casos em que o pedido que ela resolve é determinado¹³⁶. Assim, ainda que seja líquido o pedido, admite-se a prolação de decisão ilíquida, salvo quando isso gera prejuízo ao *credor*. Trata-se de entendimento pacificado no enunciado n. 318 da súmula do STJ: “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida”.

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o STJ tem afirmado também a existência de uma espécie de *regra inversa*, segundo a qual, formulado pedido ilíquido, seria vedado ao juiz proferir decisão líquida¹³⁷. Não tem sentido a utilização da chamada “regra inversa”, pois o fato de o demandante ter formulado pedido ilíquido não quer dizer, necessariamente, que a decisão tenha que ser também ilíquida. Deve-se ver que todos os casos em que lhe é lícito formular pedido ilíquido (art. 286, CPC) são casos em que,

-
133. “PROCESSUAL – PEDIDO LÍQUIDO – DECISÃO ILÍQUIDA – OFENSA AO ART. 459 DO CPC. É nulo o acórdão que, ao declarar procedente pedido determinado, emite dispositivo ilíquido (CPC, Art. 459).” (STJ, 1ª T., REsp 130.427/RJ, rel. Min. Demócrito Reinaldo, rel. p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 10.08.1999, publicado no DJ de 20.03.2000, p. 37).
 134. Vale registrar a confusão do legislador ao se referir, no art. 459, p. único, a pedido *certo*. Claramente se vê que, em verdade, está-se referindo a pedido *líquido* (ou *determinado*, que é expressão sinônima). Certeza e liquidez são requisitos que não se confundem. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 277, nota 5.
 135. “1. SENTENÇA ILÍQUIDA. PEDIDO CERTO. ARTIGO 459, PAR. DO CPC. 2. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MONTANTE SOBRE O QUAL INCIDE. 1. O enunciado do artigo 459, par. único do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema, que contempla o princípio do livre convencimento (artigo 131), de sorte que, não estando o juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. (...) Recurso não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 49445/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 12.12.1994, publicado no DJ de 13.03.1995, p. 5304).
 136. Discordando desse entendimento, Carlos Alberto Carmona afirma que “a regra é de ordem pública e visa evitar a liquidação inútil” (CARMONA, Carlos Alberto. “O processo de liquidação de sentença”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1990, n. 60, p. 47).
 137. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., vol. 3, cit., p. 279.

no momento da propositura da ação, ainda não é possível quantificar o pedido. Assim, se no curso do processo tornar-se possível essa quantificação, o juiz tem o *dever* de proferir decisão *líquida*, regulamentando completamente a norma jurídica concreta.

Não se pode perder de vista que uma decisão *ilíquida* é, por definição, uma decisão incompleta, que não define totalmente a norma jurídica individualizada. Falta-lhe alguma coisa. É justamente por isso que a iliquidez é exceção e a tendência legislativa é de restringir essas hipóteses excepcionais.

A Lei Federal n. 9.099/95, por exemplo, ao dispor sobre o procedimento das ações que tramitam nos juizados especiais cíveis, veda a prolação de sentença ilíquida mesmo nos casos em que o pedido formulado é ilíquido (art. 38, p. ún.), o que se aplica também aos juizados especiais federais, por força do art. 1º da Lei Federal n. 10.259/2001.

Do mesmo modo, veda-se a prolação de sentença ilíquida nas hipóteses de ação que tramita sob rito sumário para cobrança de indenização por acidente de veículo terrestre ou para cobrança de seguro relativo aos danos causados em acidente de veículo (art. 475-A, § 3º, CPC¹³⁸). A intenção do legislador é louvável e busca tornar mais célere a prestação da atividade jurisdicional, mas não se pode entender o porquê de não ter sido estendida também a outras hipóteses.

Alerta, porém, ARAKEN DE ASSIS: “Sabe-se que, em algumas regiões do País, os juízes manifestam notória preferência pelo procedimento ordinário, convertendo, *ex officio*, as causas naturalmente subordinadas àquele para este último. Adotado o rito ordinário não incidirá o veto do art. 475-A, § 3º, admitindo-se a emissão de provimento ilíquido”.¹³⁹

O mesmo autor, referindo-se às ações de cobrança de indenização por acidente de veículo terrestre, também afirma que “os objetivos subentendidos na norma dificilmente se realizarão plenamente, na prática, porque a condenação genérica é inerente à causa contemplada no art. 275, II, *et*”.¹⁴⁰ E continua: “parece flagrante que o desatento e desatualizado legislador, ignorando a complexidade da avaliação do dano à pessoa, teve em mente tão-só o dano à coisa. Em vista disto, não raro o provimento conterà capítulo líquido (quanto ao dano à coisa) e capítulo ilíquido (quanto ao dano à pessoa), aplicando-se o art. 475-I, § 2º”.¹⁴¹

Em que pese a boa intenção do legislador – de suprimir gradativamente as hipóteses em que se admite a decisão ilíquida –, a crítica é procedente. Basta pensar na situação da pessoa que, por ter-se envolvido em acidente de trânsito, tem que se submeter a prolongado tratamento médico, ficando, por isso, impedida de exercer

138. Eis a sua redação: “Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas ‘d’ e ‘e’ desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, se for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido”.

139. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 101.

140. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 101.

141. ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 102.

as suas atividades profissionais. Enquanto perdurar essa situação, não vai ser possível quantificar, com exatidão, a extensão dos danos por ela sofridos. Em casos tais, apesar do art. 475-A, § 3º, do CPC, admitir que o magistrado se utilize de certa discricionariedade na fixação do *quantum*, parece que é possível a prolação de decisão ilíquida, a fim de que se apure posteriormente, e com mais precisão, a extensão dos danos. De qualquer sorte, se essa decisão causar prejuízo ao credor e se ele preferir que o montante seja fixado discricionariamente pelo juiz, poderá ele, e somente ele, impugná-la – trata-se de aplicação, *mutatis mutandis*, do raciocínio que inspirou o n. 318 da súmula do STJ.

Em que pese a iliquidez da decisão representar, na maioria dos casos, uma indefinição quanto à extensão do direito certificado, casos há em que, como bem lembra TEORI ZAVASCKI, ela tem um grau mais elevado, atingindo também outros elementos da norma jurídica individualizada. Convém transcrever a lição integralmente:

“Considerando-se título apto a ensejar a tutela executiva o que traz representação documental de uma norma jurídica concreta da qual decorra uma relação obrigacional, há de haver nele afirmação a respeito de (a) ser devido (*an debeatur*), (b) a quem é devido (*cui debeatur*), (c) quem deve (*quis debeat*), (d) o que é devido (*quid debeatur*); e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeatur*). (...) Em demandas promovidas por substituto processual, para tutelar direitos subjetivos individuais, a sentença condenatória define os elementos (a) (*an debeatur*), (c) (sujeito passivo) e (d) (prestação), sem, no entanto, fazer juízo específico sobre o valor devido (*quantum debeatur*) e nem sobre a identidade do titular do direito (*cui debeatur*). São dessa espécie as sentenças proferidas em ação coletiva para tutelar direitos individuais homogêneos de consumidores..., em demandas promovidas pelo Ministério Público para obter ressarcimento de danos causados a titulares de valores mobiliários e investidores do mercado de capitais..., ou para obter a condenação de ex-administradores de instituições financeiras submetidas a regime de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência.... em demandas promovidas por entidades associativas e sindicais, para tutela de direitos de seus associados e filiados... e, em certos casos, as proferidas em mandado de segurança coletivo, quando reconhecer direito a vencimentos e vantagens pecuniárias... Das sentenças penais condenatórias decorre o efeito secundário de ‘tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime’... Nelas estão definidos, portanto, os elementos (a) e (c). A natureza dos danos (d) e o seu montante (e), bem assim, em muitos casos, a identificação do titular do crédito (b), são temas relegados à ação de liquidação. Situação semelhante ocorre quando se busca liquidar o valor dos danos causados por execução provisória desfeita, nos casos do art. 588, I [atual 475-O, I], ou por medida cautelar que perdeu a eficácia, nas situações do art. 811, parágrafo único, ou o valor da justa indenização devida a quem, indevidamente condenado, for vencedor em revisão criminal (CPP, art. 630), em que estão identificados os elementos (a), (b) e (c), carecendo liquidação os elementos (d) e (e), ou seja, o *quid* e o *quantum debeatur*”.¹⁴²

142. ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 338-339 (o texto entre colchetes é nosso).

Por fim, chamamos atenção de que, em regra, as decisões proferidas contra a Fazenda Pública se sujeitam ao reexame necessário (v., sobre o assunto, volume 3 deste *Curso*). Esse reexame, no entanto, é dispensado, dentre outras hipóteses, quando a decisão for condenatória e o valor da condenação não exceder a 60 salários mínimos (art. 475, § 2º, CPC). Havia, nesse particular, dúvida quanto à obrigatoriedade do reexame nos casos de decisões condenatórias ilíquidas, mas isso foi superado pelo enunciado n. 490 da súmula do STJ: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas”. Dessa forma, sendo ilíquida a sentença proferida contra a Fazenda Pública, deve ela submeter-se à remessa necessária, salvo se se enquadrar em alguma outra hipótese de dispensa.

5.3.4. Clareza e coerência

Como ato que individualiza a norma jurídica, e considerando que o conteúdo e os fundamentos dessa norma jurídica são expostos por meio de palavras, é fundamental que a linguagem utilizada na decisão judicial seja clara e direta. Não é adequado o uso de expressões rebuscadas ou chulas, tampouco o uso de inversões gramaticais que dificultem o entendimento do que ali se dispõe, afinal não é demais lembrar que o objetivo da decisão é gerar certeza e permitir que as partes e a sociedade tenham condições de saber o caminho trilhado pelo magistrado para, racionalmente, chegar à conclusão alcançada. Assim, a linguagem deve ser um elemento de aproximação entre o emissor (juiz) e o receptor (partes e sociedade) da mensagem.

Sobre o assunto, são interessantes as palavras de WALTER CENEVIVA: “O direito é uma disciplina cultural, cuja prática se resolve em palavras. Direito e linguagem se entrelaçam e se confundem. Algumas vezes – infelizmente, mais do que o necessário – os profissionais da área jurídica ficam tão empolgados com os fogos de artifício da linguagem que se esquecem do justo e, outras vezes, até da lei. Nas acrobacias da escrita jurídica, chega-se a encontrar formas brilhantes nas quais a substância pode ser medida em conta-gotas. O defeito – também com desafortunada frequência – surge mesmo em decisões judiciais que atingem a liberdade e o patrimônio das pessoas”.¹⁴³

Tal como o pedido (art. 293, CPC), os termos da decisão devem ser interpretados restritivamente, não se podendo admitir leituras que pretendam ampliar o significado do que ali foi certificado.

143. Artigo escrito no jornal Folha de São Paulo, edição de 2.5.1993, p. 4-2, *apud* DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24-25.

Não basta, contudo, que a decisão seja clara e direta; é necessário que ela seja concludente, é dizer, que haja uma vinculação lógica entre tudo o que se narrou no relatório, os fundamentos lançados na motivação e a conclusão alcançada no dispositivo¹⁴⁴. Alguns doutrinadores afirmam que a decisão representa um verdadeiro *silogismo*, segundo o qual o magistrado, em sua motivação, deve fundar-se numa premissa maior (a norma jurídica) e, a partir dela, analisar os fundamentos de fato (premissa menor), chegando, no decisório, a uma conclusão¹⁴⁵. A ideia já se mostra superada, na medida em que, bem se sabe, normalmente o magistrado simplesmente *intui* a solução a ser dada ao caso concreto e busca, a partir dela, uma justificação racional no ordenamento jurídico e nas provas produzidas nos autos¹⁴⁶. Mas, ainda assim, a teoria da decisão como um *silogismo* é importante para demonstrar a coerência que deve existir entre a solução e a justificação expostas pelo julgador no ato decisório.

Também aqui vale a comparação com um dos requisitos internos do pedido, que diz respeito exatamente à sua concludência, já que deve ser uma decorrência lógica do que se narrou como causa de pedir (art. 295, p. único, II, CPC).

Interessante a observação de DINAMARCO, segundo o qual “existe um eixo imaginário que vai da *causa petendi* à motivação da sentença, passando pelos eventuais fundamentos da defesa. A motivação está para a sentença como a causa de pedir está para a demanda inicial e as razões de defesa para a contestação”¹⁴⁷.

Além da coerência exigível *entre* os elementos estruturais da decisão, sobretudo entre a fundamentação e o dispositivo, há ainda de exigir-se coerência *dentro* de cada um desses elementos estruturais. Assim, ao fundamentar a sua decisão, a exposição feita pelo magistrado precisa retratar fielmente a coerência e a logicidade do raciocínio que traçou na análise das alegações de fato, das provas e dos argumentos jurídicos. Eis o que dizem, sobre o ponto, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

“Uma versão não-contraditória não pode aceitar um mesmo fato como verdadeiro e falso, admitir fatos incompatíveis como verdadeiros, ou empregar, em um mesmo contexto, regras de inferência também incompatíveis. Por outro lado, as inferências com que o juiz elabora as suas concatenações para ligar os fatos indiciários e essenciais, objetivando formar juízos a partir das provas, igualmente devem ser coerentes (coerência inferencial)”¹⁴⁸.

144. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 658.

145. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3 ed., vol. 3, p. 10.

146. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 658-659.

147. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 662.

148. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 4 ed., cit., p. 474.

Essa coerência também deve ser observada na conclusão exposta pelo magistrado.

Nas decisões cujo dispositivo seja composto por mais de um capítulo, tais capítulos devem guardar plena compatibilidade uns com os outros, não se podendo admitir a validade de uma decisão que, acolhendo pedidos indevidamente cumulados, decreta a rescisão de um contrato e imponha ao réu a obrigação de cumprir obrigação prevista no contrato rescindido. Mais uma vez, como se vê, é possível estabelecer um paralelo entre este requisito interno da decisão e um outro requisito da postulação, atinente à compatibilidade exigível nos casos em que o demandante lança mão de cumulação própria de pedidos (arts. 292, § 1º, e 295, p. ún., IV, ambos do CPC).

A falta de qualquer um desses requisitos pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, que se consubstancia como um verdadeiro meio de aperfeiçoamento da decisão. Muitas vezes, porém, a oposição dos embargos é mal-interpretada, dando ensejo a que se diga que a parte embargante pretende, com eles, *rediscutir* os termos do julgamento. O problema é de perspectiva: de fato, os embargos não se prestam à rediscussão da *justiça* da decisão, mas eles podem ser utilizados tranquilamente para a discussão da sua *validade* ou da sua *incompletude*. Não se pode perder de vista que, dentre as suas hipóteses de cabimento, duas dizem respeito ao controle quanto à coerência da decisão (obscuridade/contradição) e a coerência, como se viu, é *requisito de validade* do julgado. Assim, não se pode negar a possibilidade de manejo dessa espécie recursal quando por meio dela se pretende discutir a falta de clareza, a falta de coerência ou a não-concludência da decisão, ainda que isso implique revolver os fatos, a conclusão ou a justificação racional lançada pelo magistrado em seu pronunciamento.

O não acolhimento dos embargos fundados em obscuridade ou contradição¹⁴⁹ poderá ensejar a anulação da decisão por ausência de um seu requisito de validade.

6. DECISÕES OBJETIVAMENTE E/OU SUBJETIVAMENTE COMPLEXAS

São *objetivamente complexas* as decisões cujo dispositivo pode ser fracionado em capítulos. A teoria dos chamados capítulos de sentença, bem como a

149. O art. 48 da Lei Federal n. 9.099/95 fala ainda em cabimento dos embargos de declaração, nos juizados especiais cíveis, quando houver dúvida. Na verdade, a decisão não pode *conter* dúvida; ela *gera* dúvida, seja porque é obscura, seja porque é contraditória. Vê-se, pois, que a dúvida é consequência de um outro vício, não o próprio vício. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre embargos de declaração, no vol. 3 deste Curso.

importância em identificar uma decisão objetivamente complexa já foi estudada quando da análise dos elementos estruturais da decisão judicial.

São *subjetivamente complexas* as decisões para cuja formação devem concorrer, necessariamente, as vontades de mais de um órgão jurisdicional¹⁵⁰. É importante perceber que as decisões subjetivamente complexas são produtos de órgãos jurisdicionais de mesma competência funcional horizontal¹⁵¹.

É oportuno alertar que o acórdão *não* é uma decisão subjetivamente complexa. Trata-se de decisão para cuja formação concorrem as vontades de mais de um membro do *mesmo* órgão jurisdicional. Assim, por exemplo, um tribunal é dividido internamente em órgãos fracionários (Câmaras, Turmas, Câmaras Reunidas, Seções, Câmara Especial, Tribunal Pleno etc.), sendo que cada um desses órgãos é composto por uma determinada quantidade de membros (Desembargadores ou Ministros). O acórdão é a decisão tomada a partir das vontades dos *membros* que compõem um *mesmo* órgão fracionário. Para que se considere uma decisão como *subjetivamente complexa* é necessário que ela emane das vontades de *distintos* órgãos fracionários.

São exemplos de decisões subjetivamente complexas:

i) no processo penal, a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, para a qual concorrem, às vezes, três órgãos jurisdicionais distintos: num primeiro momento, há a decisão de pronúncia do juízo singular; num segundo momento, há a decisão do júri popular acerca da culpabilidade do acusado e, num terceiro momento, há a decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri acerca da individualização da pena a ser cominada, nos casos em que o acusado é condenado;

ii) no processo civil, nos casos dos incidentes de decretação de inconstitucionalidade ou de uniformização de jurisprudência suscitados em tribunal¹⁵².

Nesses casos, o julgamento *do incidente* há de ser feito por órgão jurisdicional distinto daquele competente para o julgamento do recurso ou da causa de competência originária. Suscitada, por exemplo, em sede de recurso, a inconstitucionalidade de ato normativo, a arguição será submetida à prévia deliberação do órgão fracionário competente para o julgamento do recurso; se este órgão não admite a arguição ou a julga improcedente (declarando, pois, a validade do ato), prosseguirá

150. A terminologia é de Piero Calamandrei, em estudo clássico e fundamental: CALAMANDREI, Piero. "La sentenza soggettivamente complessa". *Opere Giuridiche – a cura di Mauro Cappellotti*. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 106-144. Assim, também, ALVIM, Artur da. *Manual de direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 547; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 538-539; MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 45, p. 54.

151. MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 539.

152. Sobre esses incidentes, ver o capítulo próprio, no v. 3 deste Curso.

no julgamento do recurso; se, porém, acolher a arguição, por unanimidade ou maioria, não poderá decretar a inconstitucionalidade do ato; terá que remeter os autos ao Tribunal Pleno ou a órgão especial (com competência prevista no Regimento Interno do Tribunal) para a deliberação exclusivamente sobre a questão prejudicial¹⁵³; deliberando sobre a questão prejudicial da inconstitucionalidade, os autos retornam para que o órgão fracionário prossiga no julgamento do recurso.

Vê-se, pois, que, em tais casos, há uma cisão da competência funcional para a prolação da decisão. Parte da decisão será tomada por um órgão, parte por outro.

A relevância prática disso está em que a competência para conhecer de eventual rescisória movida contra a decisão subjetivamente complexa será fixada de acordo com os órgãos jurisdicionais que participaram da sua formação, levando-se em conta aquele de maior hierarquia. É possível que a competência para rescindir o acórdão de uma câmara ou turma do tribunal seja diferente da competência para rescindir o acórdão de um grupo de câmaras ou turmas (órgão colegiado maior). Nesse caso, a competência para a ação rescisória será do órgão do tribunal ao qual cabe rescindir decisão proferida pelo órgão colegiado maior, mesmo que a participação desse colegiado, no julgamento rescindendo, se tenha restringido à resolução de uma questão incidente (como a suscitada no incidente de inconstitucionalidade ou no incidente de uniformização de jurisprudência).

Assim, segundo o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no exemplo dado acima (ii), considerando que cabe ao Tribunal Pleno decidir o incidente de arguição de inconstitucionalidade, a competência para eventual rescisória é dele. Não fosse pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade, a competência para tal rescisória seria de um outro órgão fracionário, as Câmaras Cíveis Reunidas.

Tratando do assunto, são esclarecedoras as palavras de MONIZ DE ARAGÃO: “Considerando ser: a) subjetivamente complexo o julgamento que, observado o disposto no art. 97 da Constituição Federal, aprecia questão constitucional; e b) indivisível o objeto do juízo no julgamento da ação rescisória, de tal modo que não pode caber a mais de um tribunal, *ipso facto* não pode caber a mais de um órgão do tribunal; a conclusão é uma só: a competência em tais hipóteses é do órgão maior. Para tal efeito é irrelevante que haja sido, ou não, declarada a inconstitucionalidade. Se não o fora, a rescisão visará a que o seja; se o fora, à sua desconstituição. Por exceção que confirma a regra, poderá acontecer de o pedido ferir apenas a parte final do julgamento, de tal sorte que, mantido o pronunciamento sobre a constitucionalidade, a rescisão vise tão-só a algum aspecto do próprio epílogo do julgamento, no órgão

153. É a conhecida regra da reserva de plenário (art. 97, CF), segundo o qual a decretação de inconstitucionalidade nos tribunais somente pode ser tomada pela maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial previsto no Regimento Interno.

fracionário em que se iniciara. Nesse caso será atingida unicamente a conclusão do julgamento, apenas a manifestação do órgão fracionário ao completá-lo, sem afetar por qualquer modo a declaração proferida no órgão plenário. Afora tal hipótese, porém, somente o órgão maior poderá conhecer da ação rescisória e julgá-la visto que, não competindo ao órgão menor rescindir julgado do órgão maior, o pronunciamento deste último permaneceria hígido, por ser imune a rescisão perante órgão inferior, funcionalmente incompetente”¹⁵⁴.

7. DECISÕES DEFINITIVAS E DECISÕES PROVISÓRIAS. DECISÕES DE MÉRITO E DECISÕES DE ADMISSIBILIDADE (DECISÕES TERMINATIVAS)

A doutrina costuma conceituar as chamadas *sentenças definitivas* como sendo aquelas por meio das quais se põe fim ao processo *com* resolução de mérito, aplicando uma das hipóteses do art. 269 do CPC, ao passo que as chamadas *sentenças terminativas* são aquelas que põem fim ao processo *sem* exame de mérito, aplicando um dos casos do art. 267 do CPC. Trata-se de lição bastante tradicional cujo objetivo principal é o de afirmar que as *sentenças definitivas*, por resolverem o mérito da demanda, têm aptidão para ficar acobertadas pela coisa julgada material, enquanto as *terminativas*, por não versarem sobre o objeto litigioso do processo, não a têm, submetendo-se apenas à coisa julgada formal¹⁵⁵.

É preciso, contudo, fazer algumas anotações a essa tradicional lição.

Inicialmente, quanto à chamada *sentença definitiva*, deve-se ver que nem toda decisão que aplica o art. 269 do CPC é sentença em sentido estrito¹⁵⁶. É o que ocorre com o acórdão que, em grau recursal ou em ações de competência originária de tribunais, acolhe ou rejeita a pretensão do autor (art. 269, I, CPC), ou com a decisão interlocutória que decreta a prescrição ou a decadência de apenas um dos pedidos cumulados na petição inicial (art. 269, IV, CPC).

Além disso, nem toda decisão fundada no art. 269 do CPC tem aptidão para extinguir o processo, tanto que, até 2005, o *caput* do art. 269 do CPC estava assim redigido: “Extingue-se o processo com julgamento de mérito:”. A redação foi

154. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Competência para rescindir o julgamento previsto no art. 97 da Constituição Federal”. *Estudos em homenagem a Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 150.

155. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, p. 9; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17 ed., v. 2, p. 275; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11 ed., v. 1, p. 212-213; MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, 2 ed., v. 1, p. 562; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 2-3.

156. Sobre o conceito de sentença previsto no art. 162, § 1º, do CPC, após a alteração implementada pela Lei Federal n. 11.232/2005, ver o que se disse anteriormente, em item próprio.

alterada pela Lei Federal n. 11.232/2005, que retirou dali a referência à extinção do processo. Duas são as justificativas: *a)* atualmente, a sentença não é mais o ato judicial que encerra o processo, conforme visto acima; *b)* é possível, como se disse, que a decisão judicial tenha por conteúdo uma das hipóteses do art. 269 e não encerre o procedimento, como nos casos de decisão parcial.

Eis a nova redação do art. 269 do CPC: “Haverá resolução de mérito”. Admitem-se decisões interlocutórias sobre parcela do mérito, como no caso de indeferimento parcial em razão da decadência ou da prescrição e na hipótese de resolução parcial do mérito em razão da incontrovérsia da demanda (art. 273, § 6º, CPC). Trata-se de decisões interlocutórias de mérito, aptas a ficar imunes pela coisa julgada material e dar ensejo a execução definitiva. A nova redação consagrou essa possibilidade de fracionamento da decisão sobre o mérito da causa¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

-
157. Atentou para o ponto Leonardo Greco: “Mas a redação do artigo 269, que antes servia para sustentar a impossibilidade de fragmentação do julgamento conclusivo do mérito, porque obrigava o juiz a extinguir o processo quando o decidisse, o que repudiava a hipótese de sentença parcial, já agora não evidencia com a mesma firmeza essa característica, o que certamente ensejará o entendimento de que as questões de mérito possam ser resolvidas em decisões sucessivas. Essa fragmentação já vinha sendo sustentada na hipótese de tutela antecipada de pedido incontroverso (art. 273, § 6º), tese agora fortalecida com a nova redação do artigo 269”. (GRECO, Leonardo. “Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 36, p. 71).
158. Sobre o tema, DIDIER Jr., Fredie. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 67-78. É recomendável a leitura de trabalho de Cândido Rangel Dinamarco, em que reconhece a possibilidade de ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito; o autor faz longas considerações sobre o tema, que merecem ser consultadas (“Ação rescisória contra decisão interlocutória”. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 280-289). Na doutrina, admitindo a fragmentação da decisão de mérito: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?” *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 1, p. 109-126, abr. 2003; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 118; 129-136; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233-242; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92-96; MITHIERO, Daniel Francisco. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, 2004, n. 31, p. 22-27; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 71-72; SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. “Antecipação da Tutela na Reforma do CPC (Lei nº 10.444/02)”. *Revista Dialética de Processo Civil*. São Paulo, 2004, n. 12, p. 139-153; SOUZA, Wilson Alves de. “Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – Breves comentários à proposta do Poder Executivo de alteração do §1º do art. 273 do Código de Processo Civil”, in *A segunda etapa da reforma processual civil*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49-65.

Alguns autores preferem denominar as decisões parciais de *sentenças parciais*¹⁵⁹. Não há obstáculo teórico a que se denomine de *sentença* uma decisão que, embora resolva parcela do mérito, não tenha aptidão para encerrar a fase do procedimento. O conceito de sentença não é lógico-jurídico (universal e doutrinário), mas jurídico-positivo, e, pois, contingente. É preciso investigar qual é o conceito de sentença no direito processual civil brasileiro. A teoria geral do processo pode fornecer um conceito lógico-jurídico de “decisão judicial”; as *espécies de decisão*, porém, variam conforme o perfil de um determinado direito positivo. A questão, pois, não é teórica, mas prática: o nosso sistema recursal está organizado de maneira adequada à impugnação de *sentenças parciais*? Contra essa decisão caberia qual recurso: agravo, apelação ou uma apelação por instrumento (que não existe, mas poderia ser criada)? Preferimos, então, optar por designar as decisões parciais como interlocutórias, e não sentenças, contra as quais caberia o recurso de agravo (art. 522 do CPC).

Quanto às chamadas *sentenças terminativas*, importante também que se façam algumas anotações.

Em primeiro lugar, assim como ocorre com as hipóteses do art. 269, há decisões que se fundam no art. 267 do CPC, mas que não são *sentenças*¹⁶⁰. A decisão que, por exemplo, indefere apenas parcialmente a petição inicial (art. 267, I, CPC) é interlocutória, assim como o é a decisão que exclui um dos litisconsortes passivos por ilegitimidade *ad causam* (art. 267, VI, CPC), ou a que inadmite um dos pedidos cumulados por incompetência absoluta do juízo (art. 267, IV, c/c art. 292, § 1º, II, ambos do CPC). Do mesmo modo, não é sentença, mas acórdão, a decisão que, em grau recursal ou nas ações de competência originária dos tribunais, conclui pela existência de litispendência ou de coisa julgada material e, por isso, põe fim ao procedimento sem análise do mérito (art. 267, V, CPC).

Além disso, nem sempre uma decisão fundada no art. 267 *extingue* do processo. Os exemplos dados acima, relativos às decisões interlocutórias que aplicam o art. 267, são válidos aqui: em todos aqueles casos, embora a decisão aplique uma das hipóteses do art. 267, ela não põe fim ao procedimento nem a qualquer de suas etapas¹⁶¹. Quando reconhece existente qualquer das causas constantes do rol do art. 267 do CPC, o juiz constata a impossibilidade de resolver o pedido do demandante. Profere, neste caso, uma decisão terminativa. Essa decisão pode, ou não, *extinguir* o procedimento.

159. MITIDIERO, Daniel Francisco. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, 2004, n. 31, p. 22-27.

160. Remetemos à leitura do que foi dito sobre o conceito de “sentença” previsto no art. 162, § 1º, do CPC, após a alteração implementada pela Lei Federal n. 11.232/2005.

161. Por isso mesmo, são “decisões interlocutórias”.

Diante disso, melhor seria dizer que *terminativa* é a decisão em cujo dispositivo não se resolve o mérito do procedimento, enquanto que *definitiva* é a decisão em cujo dispositivo há resolução do objeto litigioso do procedimento.

A análise minuciosa dos incisos dos arts. 269 e 267, bem como dos parágrafos deste último dispositivo, foi feita no v. I deste Curso, no capítulo relativo à extinção do processo, a cuja leitura se remete.

O adjetivo *definitiva* deveria ser utilizado para qualificar a estabilidade de uma decisão judicial, e não o seu conteúdo. E a estabilidade de uma decisão judicial está relacionada à profundidade do exame da questão que o órgão jurisdicional resolveu.¹⁶²

Uma questão pode ser resolvida em cognição sumária ou exauriente. Uma decisão fundada em cognição sumária não tem aptidão de tornar-se definitiva, ao contrário de uma decisão fundada em cognição exauriente.

Qualquer questão pode ser conhecida sumária ou profundamente.

Uma questão processual pode ser conhecida em cognição exauriente, como acontece quando, na fase de saneamento, o órgão jurisdicional resolve as questões relativas à admissibilidade do procedimento. Uma questão processual pode ser conhecida *sumariamente*, como ocorre nos casos em que o órgão jurisdicional admite a petição inicial e ordena a citação do réu. Nada impede que, posteriormente, após a apresentação da defesa, o magistrado reveja o seu posicionamento.

Uma questão de mérito pode ser examinada sumariamente, como acontece na análise do pedido de tutela antecipada, ou profundamente, quando o órgão jurisdicional resolve o objeto litigioso do procedimento (julgando o pedido formulado na petição inicial, no recurso, na petição do incidente etc.).

Note-se, ainda, que uma questão processual pode ser uma questão de mérito. A competência, por exemplo, pode ser examinada como questão principal e de modo exaustivo na exceção de incompetência relativa e no conflito de competência. O mesmo pode ocorrer com a parcialidade do julgador, objeto do incidente de arguição de suspeição e impedimento. Assim, é possível que algumas questões sejam de *admissibilidade*, em relação a um dado procedimento, e de *mérito*, em

162. As reflexões feitas a partir daqui foram produto de longa discussão com o Prof. Roberto Gouvêia Filho, da Universidade Católica de Pernambuco, a quem agradecemos pelo debate franco e profícuo.

relação a outro. Jamais uma mesma questão pode ser de *admissibilidade* e de *mérito* em relação a um mesmo procedimento. Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, sendo questão de mérito de um procedimento uma condição da ação ou um pressuposto processual, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada material. O mérito de um procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais. Há decisões de mérito sobre questões processuais, portanto.

É muito mais adequado, portanto, dividir as decisões em *provisórias* e *definitivas*, em relação à sua estabilidade, e em *decisões de admissibilidade do processo* e *decisões de mérito*. Decisões definitivas têm aptidão para tornar-se indiscutíveis. O adjetivo *definitiva* nada tem a ver com o conteúdo da decisão, mas com a sua estabilidade. O adjetivo *terminativa*, de outro lado, nada diz: toda decisão, de certa forma, *termina* algo (uma fase ou o próprio procedimento).

É possível fazer um entrelaçamento das classificações.

Há, assim, a) decisões de admissibilidade provisórias (recebem a petição inicial); b) decisões de admissibilidade definitivas (decisão de saneamento); c) decisões de mérito provisórias (decisão que concede tutela antecipada fundada em cognição sumária); d) decisões de mérito definitivas (decisões que acolhem ou rejeitam o pedido).

Essa sistematização auxilia na compreensão da coisa julgada das decisões de admissibilidade (verdadeira coisa julgada formal, como afirma LUIZ EDUARDO MOURÃO, cujo posicionamento será examinado no capítulo sobre coisa julgada, mais à frente), plenamente possível, embora muitas vezes ignorada.

Essa noção é importante para que se perceba que não só a “sentença” pode ser objeto de ação rescisória, como sugere o *caput* do art. 485 do CPC. Na verdade, o legislador usa aí o termo “sentença” como sinônimo de “decisão judicial”. Trata-se de metonímia, em que se toma a parte (espécie) pelo todo (gênero). Aliás, ao contrário do que também sugere o *caput* do art. 485 do CPC, não só a decisão “de mérito” pode ser objeto de rescisória. A referência aí é feita porque, sendo terminativa a decisão, é possível, ao menos como regra, a repropositura da demanda (art. 268, CPC), o que tornaria dispensável o manejo da ação rescisória. Mesmo nos casos de decisões “terminativas” (que não examinam o mérito), porém, há situações – e não só aquelas previstas no próprio art. 268 do CPC – em que não é possível a repropositura da demanda.

A análise minuciosa dos incisos dos arts. 269 e 267, bem como dos parágrafos deste último dispositivo, foi feita no v. I deste Curso, no capítulo relativo à extinção do processo, a cuja leitura se remete.

8. A DECISÃO E O FATO SUPERVENIENTE (ART. 462, CPC)

O art. 462 do CPC admite a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte ou mesmo de ofício, levar em consideração *atos* constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, que sejam *supervenientes* e influam no julgamento da causa¹⁶³. Trata-se de dispositivo digno de aplauso, porque parte da (correta) premissa de que o processo precisa de algum tempo para ser resolvido e de que o inexorável passar do tempo pode fazer que as circunstâncias de fato e de direito que envolvem o litígio sejam alteradas. Partindo dessa premissa, o legislador determina que tais alterações sejam levadas em consideração pelo magistrado no momento de proferir a decisão, haja vista o potencial que têm de influenciar no seu conteúdo.

O art. 462 consagra o princípio segundo o qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento do *julgamento* da demanda, e não aquele que existia quando da sua *propositura*¹⁶⁴.

Ele autoriza que se dê relevância a qualquer fato superveniente que possa interferir no julgamento da causa, notadamente para impedir o juízo de inadmissibilidade do processo, que deve ser evitado, como se evitam as nulidades processuais. Assim, por exemplo: (i) ajuizada ação rescisória antes do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a superveniência deste impede o juízo de inadmissibilidade da demanda; (ii) apresentada impugnação à execução sem a garantia do juízo, a efetivação ulterior da penhora impede que seja ela extinta sem apreciação do mérito pela falta deste requisito processual; (iii) o ajuizamento de demanda executiva sem que houvesse o inadimplemento pode ser aproveitado se, durante o desenrolar do processo, a dívida tornar-se exigível.

Também em função do que prevê o art. 462 do CPC, é plenamente admissível que o demandado se valha de fato superveniente extintivo ou modificativo como fundamento da sua defesa – como, aliás, também prevê o art. 303, I, do CPC. São exemplos disso: (i) em curso ação de cobrança de quantia, ainda que o demandado já tenha oferecido contestação, poderá alegar, por simples petição,

163. “No *ius superveniens* compreendem-se tanto a lei superveniente quanto os fatos supervenientes” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 128). Nesse sentido: “PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – NORMA SUPERVENIENTE (CPC, ART. 462) – DÚVIDA QUANTO À SITUAÇÃO DE FATO. I – No processo de Mandado de Segurança leva-se em conta norma superveniente cujo advento torna lícita a pretensão do impetrante. II – Se existem nos autos informações contraditórias, quanto aos fatos alegados pelo impetrante, seu direito perde liquidez, impossibilitando-se a concessão da Segurança” (STJ, 1ª T., REsp 191149 / RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. cm 08/02/2000, publicado no DJ de 03.04.2000, p. 114).

164. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.) São Paulo: Atlas, 2004, p. 1421.

o direito de compensar o crédito perseguido com um outro a que faz jus em face do autor, por conta de fato superveniente; (ii) a possibilidade de o réu pedir a improcedência da demanda civil *ex delicto* quando sobrevier, no curso do processo cível, sentença penal absolutória por negativa de autoria ou ausência de materialidade (art. 935, CC); (iii) pode o recorrido pleitear a inadmissibilidade de um recurso se, no curso do procedimento recursal, o recorrente resolve cumprir a decisão impugnada, caso que revela a superveniência de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

O art. 462 não fala na possibilidade de o demandado alegar “fato impeditivo”, aludindo apenas aos extintivos ou modificativos que forem supervenientes. A razão é lógica, já que os fatos impeditivos necessariamente têm que ser anteriores ou contemporâneos à ocorrência do fato jurídico que dá vida ao direito do autor. Jamais serão posteriores (ou supervenientes). Exemplos de fatos impeditivos são a nulidade ou a anulabilidade do negócio jurídico com base em que o demandante pede o cumprimento de uma obrigação contratual¹⁶⁵.

Questão interessante é saber se é possível, por aplicação do art. 462, admitir-se a alteração, de ofício ou a requerimento, dos fundamentos de fato narrados como *causa de pedir* da demanda. Em outras palavras, é possível ao magistrado julgar procedente uma demanda com base em causa de pedir superveniente?

O ponto é bastante controverso, mas, de uma forma geral, prevalece o entendimento de que os fatos supervenientes cuja apreciação é admitida pelo art. 462 são apenas os *fatos simples* ou *fatos constitutivos*, que não alterem a causa de pedir, mas apenas a confirmem; ou seja, os fatos que se conformam à *causa petendi* alegada¹⁶⁶, como o vencimento superveniente da dívida cobrada com fundamento em suposta inadimplência.

165. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, p. 284; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 226; BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.422. “Observe-se que, tanto no CPC português como no CPC brasileiro, não há referência a fato impeditivo, eis que não se concebe um fato impeditivo que se ja superveniente. Os fatos impeditivos são sempre anteriores ou contemporâneos à constituição do direito subjetivo. Este – o direito subjetivo – surge com o fato constitutivo. Se há um fato impeditivo, não houve o fato constitutivo, não tendo surgido o direito. Como o próprio nome já indica, o fato impeditivo impede que se constitua o direito, não permitindo que o fato constitutivo produza efeitos jurídicos.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 90).

166. É o pensamento, por exemplo, de NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 784. Sintetizando a visão doutrinária: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 228; BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (Coord.) São Paulo: Atlas, 2004, p. 1421-1422. Na jurisprudência: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – ART. 462 DO CPC – DIREITO

MONIZ DE ARAGÃO tem entendimento ainda mais restritivo: entende que o fato superveniente não pode constituir nem nova causa de pedir, nem nova causa de defesa¹⁶⁷.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO chega a propor uma distinção entre os fatos que beneficiam o autor e aqueles que beneficiam o réu, afirmando que, quanto a estes, “a regra liberalizadora contida no art. 462 encontra campo bem mais fértil”¹⁶⁸, haja vista a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474, CPC), que recairia sobre as alegações de fato, mesmo as supervenientes, que poderiam ter sido deduzidas mas não o foram. Quanto aos fatos que beneficiam o autor, porém, afirma que “o não-conhecimento do fato superveniente não comprometeria de morte o eventual direito do autor, uma vez que a sentença fará coisa julgada somente nos limites dos fatos alegados na petição inicial”¹⁶⁹, de forma que o demandante, a seu entender, poderia ajuizar nova (e distinta) demanda, fundada nesse fato novo. Isto manteria íntegros, segundo sustenta, as regras da congruência objetiva e da estabilização da demanda.

DINAMARCO, no entanto, enfatiza que, “seja quanto ao autor ou ao réu, a incidência do disposto no art. 462 do Código de Processo Civil deve ser sempre favorecida nos casos em que sobre o fato a ser considerado tenha havido suficiente discussão entre as partes, com resultados probatórios capazes de forma segura convicção do juiz”.¹⁷⁰ Nessa passagem, parece admitir o conhecimento do fato superveniente, pouco importando se favorece ao autor ou ao réu, desde que haja observância do contraditório. Não deixa claro, contudo, se a ressalva que faz, quanto ao demandante, estende-se aos fatos constitutivos supervenientes, ou se, ainda com o contraditório, somente os fatos simples que lhe favorecessem poderiam ser levados em consideração.

SUPERVENIENTE – PIS/ COFINS – LEI 9.718/98 – RECURSO ESPECIAL – DESCABIMENTO – COFINS – VENDA DE IMÓVEIS: INCIDÊNCIA. 1. A regra contida no art. 462 do CPC tem perfeito cabimento em sede das instâncias ordinárias, devendo ser aplicado o direito superveniente, no momento do julgamento da ação, independentemente de quem possa se beneficiar com a medida. O que não se admite, isso sim, é alteração do pedido ou da causa de pedir delineados na petição inicial. (...) 7. Agravo regimental improvido”. (STJ, 2ª T., AgRg no REsp 548.700/PE, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 03.08.2006, publicado no DJ de 17.08.2006, p. 336); “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. ANULAÇÃO DO ATO. PARCELAS NÃO PAGAS. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC. RECONHECIMENTO. – Na forma do art. 462 do CPC, nada impede ao julgador, mesmo de ofício, reconhecer fato superveniente à propositura da ação que venha a influir no julgamento do mérito da demanda. Entretanto, o fato novo a ser considerado não poderá alterar a causa de pedir ou o pedido inicialmente formulados pelo autor sob pena de violação do princípio da estabilidade da demanda, devendo o juiz diante das circunstâncias do caso concreto aferir sua possibilidade ou não (...)” (TRF 4ª Região, 3ª T., AC 2001.71.10.003800-9/RS, rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, j. em 06.02.2006, publicado no DJ de 19.04.2006, p. 564).

167. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 131.

168. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., v. 3, cit., p. 285.

169. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., v. 3, cit., p. 284.

170. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., v. 3, cit., p. 286.

Não se pode concordar com essa tese.

A simples leitura do art. 462 revela com clareza a “vontade do legislador”: não são somente os *atos simples* supervenientes que podem, ou devem, ser considerados pelo juiz no momento de julgar, mas os *atos constitutivos* do direito – isto é, fatos supervenientes que sejam relevantes ao acolhimento da demanda¹⁷¹. Se fosse sua intenção referir-se a meros fatos circunstanciais, que simplesmente confirmassem os fatos anteriormente narrados, decerto que não se faria ali alusão à expressão “fato constitutivo”. Aliás, a possibilidade de o juiz conhecer, até mesmo de ofício, dos *atos simples*, sejam eles supervenientes ou antigos, já é reconhecida pela doutrina com base no art. 131 do CPC¹⁷², o que tornaria desnecessária a repetição feita no art. 462.

Não bastasse isso, o dispositivo não distingue qual das partes pode alegar que tipo de fato: em nenhum momento se diz ali que *ao réu* é lícito valer-se de fatos extintivos ou modificativos supervenientes, mas *ao autor* somente é possível valer-se de fatos simples. Ao contrário, o que parece é que o legislador tencionou equiparar as duas situações, misturando no dispositivo de lei as hipóteses em que o fato superveniente beneficia tanto ao autor quanto ao réu¹⁷³.

Dizer que a previsão do art. 462 deve beneficiar mais amplamente ao réu é extrair dele uma leitura que nele não se contém, criando uma situação não prevista em lei – e, o que é pior, aparentemente rechaçada pela lei, que prefere equiparar as partes, em vez de discriminá-las. É admitir também uma situação que fere a razoabilidade e a garantia da efetividade da jurisdição, na medida em que impõe ao autor o ônus de ajuizar uma *nova* demanda para, só então, discutir o que, sem maiores prejuízos, poderia ser discutido numa demanda já instaurada. Por fim, essa interpretação mais abrangente do art. 462 admitida apenas quanto ao réu, acabaria tornando o referido dispositivo legal uma mera repetição do que já se admite no art. 303, I, do CPC.

Eis o ensinamento de PONTES DE MIRANDA: “A regra jurídica que se põs no art. 462, em vez de se referir à proponibilidade de ação de modificação, de extinção ou de criação, de que se cogita em geral, permite após inserção no pedido, que teve

171. Quanto aos fatos que beneficiam o demandado, não há, como se viu, muita controvérsia: admite-se o conhecimento até mesmo de fatos *relevantes* (extintivos ou modificativos do direito do autor).

172. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 367.

173. Moniz de Aragão bem o diz: “Não parece haver dúvida de ambos os litigantes poderem valer-se do *ius superveniens*, em igualdade de condições” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 128). No entanto, como já se viu, o autor entende que os fatos supervenientes, embora possam beneficiar a ambas as partes, não podem alterar nem a causa de pedir, nem a causa de defesa.

seus limites iniciais, de alegação de haver ocorrido algo, depois da proposição de ação, com efeito gerador (constitutivo, modificativo, ou extintivo). Tal solução é elogiável, porque evita que se tenha de propor outra ação, como também afasta a inadequada invocabilidade do princípio que se aponta no art. 294 ('Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo')¹⁷⁴.

Na verdade, o art. 462 configura uma mitigação às regras da congruência objetiva da decisão e da estabilização objetiva da demanda.

Como cediço, predomina a ideia de que a teoria adotada pelo CPC para explicar a causa de pedir é a da *substanciação* (ou substancialização), segundo a qual o demandante precisa narrar, no seu ato postulatório, os fundamentos de fato com base nos quais vem formular o seu pedido, bem como fazer uma proposta de enquadramento jurídico desses mesmos fatos – isto é, indicar qual a relação jurídica que nasce desses fatos. É por isso que se diz que a causa de pedir, para o CPC brasileiro, é composta da narrativa dos fundamentos de fato e dos fundamentos jurídicos (art. 282, III, CPC)¹⁷⁵.

Em regra, os fatos que compõem a causa de pedir são imunes a alterações ulteriores. Os arts. 264 e 294 do CPC consagram regras de estabilização objetiva de demanda, segundo o qual, depois da citação válida, o autor só pode alterar o seu pedido ou causa de pedir com a anuência do réu, e em nenhuma hipótese poderá fazê-lo após o saneamento do feito.

Para a teoria da *indivduação* (ou individualização), a causa de pedir se completa pela só afirmação de uma determinada relação jurídica. Exemplo clássico é o da ação reivindicatória, em que bastaria que se afirmasse o direito de propriedade, sem que houvesse necessidade de informar como se deu a aquisição – se por compra e venda, por transmissão *mortis causa*, por usucapião etc. Como consequência, a modificação dos aspectos de fato no curso do processo, com manutenção da relação jurídica e do pedido, não configuraria alteração da causa de pedir e, por isso, não ofenderia a estabilização da demanda¹⁷⁶.

Diante do sistema da estabilização objetiva da demanda, poder-se-ia concluir, em um primeiro momento, que nenhuma modificação de fato posterior à etapa de saneamento do processo poderia ser levada em consideração para o

174. MIRANDA, Franciscu Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código do Processo Civil*. cit., tomo V, p. 81. O autor se refere à redação que tinha o art. 294 do CPC antes da alteração implementada pela Lei Federal n. 8.718/93.

175. Sobre o tema, ver o capítulo sobre petição inicial, no v. 1 deste Curso.

176. SILVA, Eduardo Silva da. "Elementos da ação: sujeitos e causa", in *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 153.

juízo da causa, ainda que se tratasse de fato relevante para o reconhecimento do direito do demandante.

Sucedo que o próprio art. 462, como já se antecipou, consubstancia uma mitigação à estabilização objetiva – e não é o único: os arts. 303, 321, 475-N, III, 517, todos do CPC, são outros exemplos¹⁷⁷. Essa conclusão deflui da constatação de que o legislador faz expressa referência à possibilidade de se levar em conta *fato constitutivo* superveniente, o que revela que essa autorização não atinge apenas aqueles fatos simples, circunstanciais ou secundários – que também podem ser levados em consideração pelo magistrado até mesmo *ex officio* (art. 131, CPC) –, mas sim aqueles *fatos relevantes* à apreciação do pedido do autor.

A *flexibilização* do rigor da estabilidade objetiva da demanda, nestes casos, proporciona não só resultados úteis, justos e efetivos, como também uma maior economia processual, “já que torna desnecessária a propositura de nova ação para discutir questão que, embora superveniente, pode ser colocada para debate na ação já em curso”¹⁷⁸. Ademais, não há nada que justifique a possibilidade de o demandado levar em consideração, para a sua defesa, um fato superveniente, e o mesmo direito não ser deferido ao demandante.

Justamente porque admite ao juiz levar em consideração, até mesmo de ofício, fatos não narrados na demanda (ou mesmo na defesa), o art. 462 configura também uma ressalva à regra da congruência objetiva que deve existir entre a decisão e os atos postulatórios (pedidos e fundamentos).

Sendo assim, segundo entendemos, o magistrado pode, sim, julgar uma demanda com base em fato superveniente, seja para acolhê-la (*causa petendi* superveniente), seja para rejeitá-la (*causa excipiendo* superveniente).

Nesse sentido, pode-se colher um interessante julgado do STJ: trata-se do REsp 11.086/SP em que se admitiu que uma ação de separação judicial proposta com fundamento na prática, pela ré, de atos de conduta desonrosa e de tentativa de homicídio, fosse julgada procedente, a despeito de não terem sido provadas as alegações de fato que alicerçavam o pedido. Isto porque o juiz levou em consideração um

177. A estabilização da demanda, segundo entendemos, existe para que não haja conturbação no processo, atingindo a atividade dialética das partes e a atividade cognitiva do magistrado, e, por via de consequência, a segurança jurídica, tão perseguida pelo legislador. Mas a segurança jurídica aí almejada pode acabar colidindo com a necessidade de que o processo seja efetivo, atribuindo ao jurisdicional aquilo a que, por lei, faz jus.

178. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1.421. Também assim, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 244; ASSIS, Araken de. “Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 195.

fundamento de fato ocorrido após o ajuizamento da ação e devidamente provado nos autos, que, por si só, já era suficiente para que se pudesse alcançar a separação judicial – causa de pedir superveniente, portanto.

Em que pese o Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, relator do recurso, ter afirmado, nos fundamentos do seu acórdão, que o fato superveniente representava “fato simples”, a verdade é que configurava verdadeiro *fato constitutivo* do direito do autor, tanto que, por si só, como se disse, foi suficiente para gerar o acolhimento do seu pedido.

Para que esta conclusão seja alcançada, no entanto, é necessário que o fato superveniente seja suficiente para deflagrar a *mesma* relação jurídica (*causa de pedir próxima*) já posta em juízo (*causa de pedir remota concorrente*), não se admitindo que deflagre relação jurídica diversa – ex. numa ação de divórcio movida pelo marido em face da mulher, o autor não poderia, com base em crédito superveniente, pleitear o pagamento de determinada quantia, pois o crédito aí seria fato gerador de relação jurídica diversa, de cunho obrigacional.

Essa é a interpretação correta do art. 462 do CPC. É possível, porém, na prática, uma extrapolação dos limites de aplicação do dispositivo, conduta que poderia ser apontada como ilícita, porquanto em dissonância com o regramento processual positivo. Essa ilicitude permitiria, em tese, a decretação de invalidade dos atos processuais a ela subsequentes. Sucede que, como afirmamos no capítulo sobre as invalidades processuais, não se pode decretar a sanção da invalidade se não houver prejuízo. Não se pode ignorar esse princípio fundamental do direito processual. Correta, assim, a lição de RICARDO DE BARROS LEONEL: “se determinado fundamento (causa de pedir), pretensão ou defesa foram introduzidos intempestivamente, com eficácia superveniente à propositura da demanda (portanto mediante violação de regras formais do processo), mas acabaram sendo *amplamente debatidos pelas partes, com produção de provas a seu respeito, e consequentemente sem que disso tenha decorrido prejuízo algum para as partes, por que proscrever a possibilidade de sua apreciação na decisão judicial?*”¹⁷⁹

Assim, pode o magistrado controlar a introdução de fato superveniente no processo, de acordo com as regras aqui apontadas; violadas as regras, não obstante a atipicidade da conduta, o magistrado somente deverá invalidar os atos processuais se houver prejuízo, juízo valorativo a ser feito, sempre, no caso concreto.

179. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 244 (os grifos são do original).

Ademais, alguns *pressupostos* devem ser atendidos para que seja permitida a aplicação do art. 462 do CPC, seja em favor do demandante ou do demandado:

a) o fato deverá ser superveniente (posterior à propositura da demanda) ou, se anterior, deverá ser de conhecimento superveniente (fato velho de conhecimento novo)¹⁸⁰.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, em sentido diverso, entende que o dispositivo só se aplica aos fatos ocorridos depois da propositura da ação, não admitindo qualquer outra hipótese: “Os fatos novos de que trata o art. 462 só podem ser entendidos como os que ocorreram depois da propositura da ação. Não se trata, aqui, dos fatos que, ocorridos anteriormente, não foram oportunamente agitados pelo autor ou pelo réu por qualquer motivo. O dispositivo dessa forma, não excepciona e não desconsidera eventuais preclusões já consumadas em desfavor do autor ou do réu em virtude da não alegação (e correspondente prova) de fato pretérito, preexistente. Para fins do art. 462, mister que o fato tenha nascido depois da propositura da ação”¹⁸¹.

Para DINAMARCO, quanto ao autor, somente se pode considerar os fatos realmente supervenientes; já quanto ao réu, podem ser considerados os fatos supervenientes ou antigos mas conhecidos posteriormente.¹⁸²

b) é indispensável que se estabeleça o contraditório, abrindo-se às partes a oportunidade de manifestar-se sobre o fato novo que se pretende considerar no julgamento da causa. Afinal, como já foi dito no v. 1 deste *Curso*, o contraditório é a garantia que têm as partes de manifestarem-se no processo ainda em condições de influenciar na convicção do magistrado¹⁸³.

c) o fato novo, para ser conhecido de ofício pelo magistrado, precisa estar provado nos autos; em outras palavras, não pode o juiz conhecer de ofício fato não demonstrado nos autos, porque aí estará julgando com base em conhecimento

180. Araken de Assis defende, contudo, que os fatos antigos, mas de conhecimento superveniente, só podem ser considerados se provada a força maior (ASSIS, Araken. “Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 198).

181. BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1421. No sentido do que defende o autor: “RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO. ART. 462. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FATO SUPERVENIENTE. PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Com efeito, a disposição contida no art. 462 do Estatuto Processual Civil pode ser aplicada tão-somente a fatos supervenientes à propositura da ação. Carece de possibilidade jurídica do pedido a ação intentada no ano de 1998, quando já extinto o benefício da Renda Mensal Vitalícia. Recurso provido” (STJ, 5ª T., REsp 708831/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 01.03.2005, publicado no DJ de 21.03.2005, p. 441).

182. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed., v. 3, cit., p. 286.

183. Neste sentido, LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 242-250; Cássio Scarpinella Bueno (*Código de Processo Civil Interpretado*, cit., p. 1421) e Araken de Assis (“Extinção do processo por superveniência do dano irreparável”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 198).

pessoal que possui dos fatos que envolvem a causa, o que lhe é vedado; trata-se de limitação ao livre convencimento motivado¹⁸⁴.

Questão interessante é saber se o art. 462 do CPC pode ser aplicado nas instâncias recursais.

Embora a princípio pareça ser intuitiva a resposta positiva, deve-se lembrar que a possibilidade de alegar fato novo deve ser acompanhada da possibilidade de produzir-se prova para demonstrá-lo, bem como da necessidade de que se dê oportunidade para que a outra parte participe dessa produção de prova. Sucede que a admissibilidade de produção de prova nas instâncias recursais é tema ainda hoje impregnado de tabus¹⁸⁵.

A despeito do alerta que ora se faz, parece-nos que é, sim, possível a aplicação do art. 462 nas instâncias recursais. Não se pode perder de vista que dispositivo tem forte inspiração nos princípios da efetividade da justiça, do contraditório e da ampla defesa, contribuindo para que o processo seja o mais justo possível. E somente se pode falar num processo justo quando o julgador tem a oportunidade de acercar-se de todos os fatos cuja análise é indispensável à solução do litígio¹⁸⁶. Quanto à suposta impossibilidade de produção de prova na instância recursal, trata-se, como se disse, muito mais de um dogma do que verdadeiramente de um impedimento¹⁸⁷.

O STJ já decidiu ser impossível a alegação de fato superveniente na instância extraordinária, por ausência de prequestionamento:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 462 DO CPC. FATO SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ART. 25, § 2º, DA LEI 8.870/94, DECLARADO INCONSTITUCIONAL. INAPTIDÃO PARA REVOGAR NORMA QUE O

184. Sobre o assunto, ver o capítulo sobre teoria geral da prova.

185. A advertência é de ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 135.

186. Nesse sentido: “FATO SUPERVENIENTE. Apelação. Embargos de declaração. O fato novo ocorrido depois da apelação, mas levado ao conhecimento do Tribunal por tempestivos embargos declaratórios, versando sobre o desaparecimento de condição da ação, pode ser considerado pela Câmara. Art. 462 do CPC. Recurso conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp 434797/MS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 26/11/2002, publicado no DJ de 10.02.2003, p. 221); “PROCESSUAL CIVIL. APARECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA SUPERVENIENTE. ARTIGO 462 DO CPC. PERDA DE OBJETO. – Após a propositura da ação, o aparecimento de circunstância superveniente deve ser levada em consideração pelo Juízo, a teor do disposto no artigo 462 do CPC. – A regra do artigo 462 do CPC não se refere apenas ao Juízo de 1º Grau, mas a qualquer grau de jurisdição, se o fato é superveniente à sentença. – Verificada a perda de objeto da presente ação, pode o Juízo decidir pelo não conhecimento do recurso” (TRF 2ª Região, 4ª T., AMS 98.02.09776-4/RJ, rel. Juiz Fernando Marques, j. em 14.12.1998, publicado no DJ de 09.11.1999).

187. Sobre esse tema, ver item a respeito no v. 3 deste Curso.

ANTECEDEU. ERESP 445.455/BA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, com fundamento nos princípios da fungibilidade recursal e da economia processual. 2. Conforme orientação firmada neste Superior Tribunal de Justiça, é inviável a análise, nesta instância especial, de alegada existência de fato superveniente, em razão da ausência de prequestionamento. (...) 4. Agravo regimental desprovido” (STJ, 1ª T., EDcl no Ag 702.863/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. em 14.03.2006, publicado no DJ de 03.04.2006, p. 245)”

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 3,17%. LIMITAÇÃO ATÉ A EDIÇÃO DA MP nº 2.225/2001. IMPOSSIBILIDADE. FATO SUPERVENIENTE. 1. ‘No julgamento do especial, em face do princípio do prequestionamento, que decorre de texto constitucional, não tem cabimento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, em razão da impossibilidade de se considerar fato jurígeno superveniente (...)’ (EDcl-REsp nº 97.869/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, in DJ30/3/98). 2. Agravo regimental improvido” (STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no REsp 379705 / DF, rel. Min. Hamilton Carvalho, j. em 09/03/2006, publicado no DJ de 17.04.2006, p. 217).

Mas também já admitiu a aplicação do art. 462:

“PROCESSO CIVIL. FATO SUPERVENIENTE. O artigo 462 do Código de Processo Civil pode ser aplicado no âmbito do recurso especial; não, todavia, após o respectivo julgamento, na renovação dos embargos de declaração. Embargos de declaração também rejeitados quanto ao mais, porque inexistentes as omissões alegadas no julgado” (STJ, 3ª T., EDcl nos EDcl no REsp 317255/MA, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 07/08/2003, publicado no DJ de 01.09.2003, p. 277); “RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO E AÇÃO ORDINÁRIA DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANDO CESSADA A LIQUIDAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. 1. Mesmo nesta instância especial, deve-se relevar os fatos supervenientes a interposição do recurso, no caso o encerramento da liquidação extrajudicial (art. 462, CPC). (...) 3. Recurso especial conhecido para julgar extintas as ações cautelar e ordinária” (STJ, 3ª T., REsp 77247/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22/10/1996, publicado no DJ de 03.02.1997, p. 719).

Posteriormente, o STJ chegou a dizer que há *error in procedendo* quando o tribunal deixa de levar em consideração, no seu julgamento, um fato superveniente:

“PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART 462 DO CPC. DIREITO SUPERVENIENTE. ERROR IN PROCEDENDO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CIVIL DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. LEI 8.009/1990. INTERPRETAÇÃO ESTRITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. [...] 4. É dever do magistrado, no momento de proferir a sentença, levar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, a superveniência de fato ou direito novo, nos termos do art. 462 do CPC, incorrendo em *error in procedendo* o Tribunal que, ignorando tal providência, prolata acórdão que dá ensejo à coexistência de duas decisões inconciliáveis - uma no processo de execução, determinando a impenhorabilidade do bem de família, e outra nos embargos, estabelecendo a possibilidade

de excussão desse mesmo bem. [...] 6. Recurso especial provido” (REsp 1074838/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. em 23/10/2012, DJe 30/10/2012).

O tema será tratado com mais minúcia no v. 3 deste *Curso*.

9. A DECISÃO QUE ACOLHE EXCEÇÃO SUBSTANCIAL DILATÓRIA

A exceção é uma espécie de contradireito¹⁸⁸. Mais precisamente, é o contradireito que o sujeito pode exercer, quando é demandado judicial ou extrajudicialmente, e que tem por objetivo neutralizar, temporária ou definitivamente, os efeitos do direito, da pretensão, da ação ou da exceção que contra ele se exerce¹⁸⁹. Trata-se de uma *posição de vantagem* de que é titular o demandado em face do demandante.

A depender da natureza da situação jurídica ativa a que se contrapõe a exceção, podemos falar em *exceções processuais*¹⁹⁰ e *exceções substanciais*. Diz-se que a exceção é substancial quando esse contradireito é exercido contra uma situação jurídica ativa *substancial*, atuando no contexto da relação jurídica material deduzida em juízo. É o caso, por exemplo, da prescrição, do direito de retenção e da exceção de contrato não cumprido.

188. Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 39.

189. “Diz-se que é um contra-direito no sentido de que é um poder de anulação dirigido contra um outro direito; não já no sentido de que o demandado, opondo a exceção, reclame algo mais que a rejeição da demanda, senão que neste caso se obtém a rejeição da demanda ainda quando a ação, antes do processo, tivesse vida e eficácia. Assim, p. ex., a exceção de prescrição é uma exceção propriamente dita, porque o direito, antes do processo, era válido; é mister que se faça valer em juízo a exceção como um contra-direito, para que aquele direito eficaz fique anulado; e se esse direito de impugnação não é invocado no processo, o direito do autor permanece subsistente e válido” (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Benedicto Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999, p. 63-64). É necessário, contudo, entender as referências a “anulação” como sendo “neutralização da eficácia”.

190. “Normalmente quando se fala em *exceção processual* vem à mente a ideia de *defesa concretamente exercida*, que é uma das acepções que se lhe emprestam, conforme já vimos, ou ainda a ideia de *meio de defesa* com que se impugnem questões processuais, tais como a exceção de incompetência relativa ou as exceções de parcialidade. Embora esse não seja o móvel da nossa pesquisa, julgamos que é possível pensar na expressão *exceções processuais* no sentido de *contradireitos neutralizantes de natureza processual*. Basta que a posição de vantagem contra a qual elas se opõem seja de natureza processual. [...] É o que se dá, por exemplo, com a impugnação ao cumprimento de sentença e com os embargos de devedor. A princípio, a defesa do executado não suspende o curso do procedimento, mas é possível que, desde que atendidos determinados requisitos, o magistrado lhe confira efeito suspensivo (art. 475-M, CPC; art. 739-A, § 1.º, CPC). Há, então, para o executado, um *direito* (posição de vantagem) à *atribuição de efeito suspensivo* à sua defesa, se atendidos esses requisitos. Uma vez reconhecida essa posição de vantagem, a consequência disso é a suspensão dos atos executivos. A despeito disso, o exequente tem o *contradireito* de, prestando caução arbitrada pelo juiz, ver neutralizados os efeitos do direito reconhecido ao executado (art. 475-M, § 1.º, CPC), o que vale também para os embargos de devedor, por força do que diz o art. 598 do Código de Processo Civil” (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*, cit., pp. 44-45).

Como visto, as exceções substanciais, quando exercidas, têm por objetivo neutralizar, *temporária* ou *definitivamente*, os efeitos do direito, da pretensão, da ação ou da exceção a que se contrapõem. Quando elas têm por objetivo neutralizar *definitivamente* esses efeitos, diz-se que são *exceções peremptórias* (p. ex., exceção de prescrição e exceção de que a dívida cobrada é oriunda de jogo ou de aposta)¹⁹¹; quando têm por objetivo neutralizá-los *apenas temporariamente*, diz-se que são *exceções dilatórias* (p. ex., a exceção de contrato não cumprido, a exceção de retenção por benfeitorias, a exceção de benefício de ordem¹⁹² e a exceção do fiador para recusa provisória do adimplemento¹⁹³).

A *exceção substancial dilatória* de que falamos neste item é, pois, o contradireito que pode ser exercido pelo demandado, contra o demandante, com o objetivo de impedir, temporariamente, que este, demandante, exerça o seu direito ou pretensão. Perceba que, nesses casos, a exceção consiste num direito que o demandado tem de *recusar* a prestação que o demandante quer ver certificada em seu favor *até que* esse demandante adote, ele próprio, uma outra conduta.

Assim, por exemplo, na exceção de contrato não cumprido, o excipiente tem o direito de recusar o cumprimento da sua prestação até que o demandante/excepto cumpra a sua própria prestação em favor do demandado. Na exceção de retenção por benfeitorias, o demandado/possuidor da coisa tem o direito de retê-la até que o demandante indenize o valor das benfeitorias implantadas. Na exceção de benefício de ordem, o demandado/beneficiário tem o direito de preservar o próprio patrimônio até que o patrimônio do devedor principal se mostre insuficiente para cobrir toda a dívida.

Conforme visto no capítulo sobre a Teoria da Cognição, no volume I deste *Curso*, quando exerce um contradireito, em defesa, o réu amplia o mérito (o objeto litigioso do processo). A afirmação do contradireito comporá o mérito da causa, ao lado da afirmação do direito feita pelo autor. Considerando que a

191. “A peremptoriedade da exceção”. alerta Pontes de Miranda, “não significa que, à diferença da dilatoriedade, em virtude dela se exclua o direito” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: RT, 1983, t. VI, p. 14). O que ocorre é a permanência, no tempo, do encobrimento que ela proporciona.

192. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XLIV, p. 184. Exemplos desse benefício podem ser encontrados na fiança – art. 827, CC. “O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor”. Parágrafo único. “O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito” – e no contrato de sociedade – art. 1.024, CC. “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

193. Sobre esse tipo de exceção, eis o que diz Pontes de Miranda: “Se o devedor principal tem em juízo ação de anulação ou outra ação, contra o credor, de que possa resultar a desconstituição do negócio jurídico de que provém o crédito, pode o fiador recusar, provisoriamente, o cumprimento do que prometeu, pois está em juízo a questão. [...] Há, aí, *exceção dilatória*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. XLIV, cit., p. 190).

exceção substancial dilatória é uma espécie de contradireito, temos, então, que o seu exercício pelo réu tem o condão de, igualmente, *ampliar* o objeto litigioso do processo, acrescentando mais uma questão de mérito a ser apreciada e julgada pelo magistrado.

Uma das questões mais tormentosas relativas a esse tema diz respeito à solução a ser dada à demanda cognitiva em que o demandado opõe exceção substancial dilatória ao demandante e esse contradireito é reconhecido pelo magistrado. O que deve ser feito, então? O pedido do autor deve ser julgado procedente ou improcedente?

O Superior Tribunal de Justiça se debruçou sobre o tema, tratando de situação em que o réu arguiu exceção de contrato não cumprido, que foi acolhida. Após interessante discussão travada entre os Ministros da Terceira Turma, o STJ chegou à conclusão de que o pedido do autor, nesse caso, deveria ser julgado improcedente, sob o argumento de que “a prestação inexigível não pode ser tutelada judicialmente”. Entendeu, pois, que a prestação devida pelo demandado era inexigível pelo fato de o demandante não ter cumprido a sua própria contraprestação¹⁹⁴.

Nesse mesmo sentido, e cuidando da exceção de contrato não cumprido, MIGUEL MESQUITA entende que “o tribunal não deve, uma vez provada a *exceptio non adimpleti contractus*, condenar o réu a cumprir a prestação *se e quando* o autor realizar a correspondente contraprestação”¹⁹⁵. Em sua opinião, o caso seria de “mera improcedência temporária da acção e a consequente paralisação do direito subjectivo, sem ficar afastada a possibilidade do seu exercício futuro”¹⁹⁶.

Na doutrina nacional, NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY entendem o seguinte:

Fatos impeditivos são os que obstem a procedência do pedido do autor. Acolhidos, fazem com que o juiz deva julgar improcedente o pedido do autor, total ou parcialmente, dependendo do caso. São fatos impeditivos, por exemplo, a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) regulada pelo CC 1092,

194. “CIVIL E PROCESSO CIVIL. EXCEPTION NON ADIMPLETI CONTRACTUS. EFEITO PROCESSUAL. A exceção de contrato não cumprido constitui defesa indireta de mérito (exceção substancial); quando acolhida, implica a improcedência do pedido, porque é uma das espécies de fato impeditivo do direito do autor, oponível como preliminar de mérito na contestação (CPC, art. 326). Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 673.773/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 15.03.2007, publicado no DJ de 23.04.2007, p. 236). Deve-se destacar aqui o voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, que entendeu que o acolhimento da exceção de contrato não cumprido era causa de suspensão da eficácia do distrato no bojo do qual foram pactuadas as prestações correspectivas.

195. MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. *Reconvenção e excepção no processo civil: o dilema da escolha entre a reconvenção e a excepção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 95.

196. Ibidem, p. 93.

caput, a exceção de cumprimento defeituoso do contrato (*exceptio non rite adimpleti contractus*), a exceção de usucapião (STF 237) etc.¹⁹⁷

Não bastasse isso, há dispositivo no Código de Processo Civil que induz à conclusão de improcedência. Trata-se do art. 466-C, segundo o qual, quando um contrato tiver por objeto a transferência de coisa determinada, ou de qualquer outro direito, o pedido de cumprimento de tais obrigações não será acolhido “se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível”.

Num outro extremo, ENNECCERUS, tomando por base texto expresso do Código Civil alemão¹⁹⁸, entende que o acolhimento da exceção não tem por consequência a improcedência da demanda. A consequência há de ser a condenação do demandado a prestar simultaneamente à prestação do demandante. E continua: “la sentencia tiene, pues, que pronunciar que el demandado ha de hacer su prestación al recibir la contraprestación”¹⁹⁹.

RENÉ CASSIN, por sua vez, entende que o acolhimento da exceção não importa nem mesmo a rejeição temporária da demanda do autor. Seu efeito será simplesmente, em princípio, o de impedir uma condenação pura e simples do *excipiens*, e de fazer adicionar a esta condenação uma condição²⁰⁰, que seria a condição do adimplemento, por parte do demandante/excepto, da sua própria prestação. Isso, segundo diz, guardaria maior conformidade com a tradição histórica do nosso instituto. Também nesse sentido é a opinião de PONTES DE MIRANDA²⁰¹, para quem, acolhida a exceção, deve-se julgar procedente a demanda, mas a satisfação do crédito do autor dependerá de que ele cumpra a própria obrigação.

197. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 823.

198. Eis a redação do §322 do BGB: “(Condena a la prestación simultánea) (1) Si una parte interpone acción al cumplimiento de la prestación debida de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho que le corresponde a denegar la prestación hasta la ejecución de la contraprestación sólo tiene la eficacia que la otra parte debe ser condenada al cumplimiento simultáneo. [...]” (MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Lei de Introducción al Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 103).

199. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Revisão de Henrich Lehmann. Tradução e adaptação da 35 ed. alemã feita por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1950, v. I, p. 169.

200. No original: “n’emporte même pas le rejet temporaire de l’action du demandeur. Son effet sera simplement en principe d’empêcher une condamnation pure et simple de l’*excipiens*, et de faire adjoindre à cette condamnation [...] une condition” (CASSIN, René. *De l’exception tirée de l’inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*. Paris: Recueil Sirey, 1914, p. 617).

201. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1984, t. XXVI, p. 103. O mesmo Pontes de Miranda, em outro tomo do seu *Tratado*, afirma que “o réu, na ação, pode ser condenado a prestar, satisfeita a exigência do excipiente” (Idem. *Tratado de direito privado*, t. VI, op. cit., p. 22).

Embora a controvérsia retratada se tenha instaurado no âmbito da discussão acerca do resultado a ser alcançado pela decisão que acolhe a exceção de contrato não cumprido, ela é representativa do problema relacionado à decisão que acolhe exceções substanciais dilatórias como um todo – e não apenas a exceção de contrato não cumprido.

Parece-nos que, a princípio, não há qualquer óbice teórico a que se diga que o resultado do acolhimento da exceção deve ser a *improcedência* do pedido do autor, desde que se tenha a consciência de que, operando-se aí a coisa julgada material, ela não impedirá o ajuizamento de futura demanda pelo autor, outrora excepto, nos casos em que já houver adotado a conduta cuja inobservância serviu de fundamento ao direito de recusa invocado pelo demandado – porque aí se tem a alteração das circunstâncias de fato, afastando o móvel que ensejara, no processo anterior, a exceção. Há, pois, uma nova demanda, de modo que a decisão acerca da questão principal aí discutida não estará obstada pela eficácia negativa da coisa julgada material que se operou no primeiro processo.

Mas existem pelo menos dois problemas em se adotar esta solução.

O primeiro deles é que, sem qualquer dúvida, é possível adotar solução diversa, “mais branda”²⁰² para o demandante. Ora, como bem pondera ARAKEN DE ASSIS, “ninguém rejeitará a vantagem de evitar as despesas e os incômodos de uma ineludível e futura demanda”²⁰³. Basta pensar que, adotando-se a solução da *improcedência* do pedido do autor, terá ele que, superados os fatos que ensejaram a exceção substancial dilatória, ajuizar nova demanda cognitiva para, só então, obter a certificação de um direito que, de resto, nunca lhe fora negado.

E aqui surge o segundo problema: é da essência das exceções substanciais dilatórias, que, ao exercê-las, o demandado/excipiente *não nega* o direito afirmado pelo autor/excepto. Mais do que isso, o acolhimento da exceção tem por efeito principal tão-somente a *suspensão temporária* da exigibilidade do crédito do demandante, seja ele um fazer, não fazer, a entrega de coisa ou o pagamento de uma quantia. Sendo assim, se nem mesmo o réu/excipiente nega o direito do autor/excepto e se o acolhimento da exceção apenas atinge esse direito no plano dos seus efeitos, suspendendo a sua exigibilidade (ainda assim, *temporariamente*), não nos parece coerente que o magistrado conclua, simplesmente, pela improcedência do pedido, porque com isso estaria certificando, em última instância, a

202. A expressão é de ASSIS, Araken de. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63.

203. *Ibidem*, p. 63-64.

inexistência do direito afirmado pelo autor – um direito cuja existência, repetimos apenas para enfatizar, jamais foi negada pelo excipiente.

Também não nos parece, por outro lado, que o caminho seria o de se concluir pela *procedência* pura e simples do pedido do autor, porque com isso se estaria certificando o direito do autor e impondo a sua observância pelo réu, nada obstante ter sido considerado legítimo o seu contradireito de recusa.

A melhor saída é, de fato, aquela sugerida por CASSIN e por PONTES DE MIRANDA, citados linhas atrás: a conclusão pela *procedência* da demanda, com a consequente certificação do direito afirmado pelo autor e a imposição ao réu do cumprimento desse direito, *sob a condição de* o demandante, para exigir-lhe a satisfação do direito certificado, adotar a conduta que lhe cabe²⁰⁴ – p. ex., cumprir ou assegurar a prestação que deve, no caso da exceção de contrato não cumprido; indenizar as benfeitorias indenizáveis, no caso da exceção de retenção por benfeitorias; excutir primeiramente os bens do patrimônio do devedor principal, no caso de exceção de benefício de ordem.

Ou seja: a decisão deve certificar a *existência* do direito do autor, mas a sua execução deve ficar sob condição suspensiva de exigibilidade²⁰⁵.

Observe que, considerando que o exercício da exceção substancial dilatória opera uma ampliação do objeto litigioso do processo, a solução que lhe é dada deve compor o dispositivo da decisão judicial. Assim, ao acolher a exceção exercida pelo réu, a sentença é *duplamente procedente*: reconhece a existência do direito do autor (cuja exigibilidade fica, contudo, suspensa) e reconhece também a existência do contradireito do réu. As afirmações de direito feitas pelas partes, que compõem o objeto litigioso do processo, são procedentes.

204. Essa é também a opinião de Chiovenda, para quem o acolhimento das exceções substanciais impede “la condena pura y simple” e tende a “permitir únicamente a todo lo más una sentencia de condena *condicionada* a la contraprestación” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Profesor Jose Casais y Santaló. Madrid: REUS, 2000. t. I, p. 345).

205. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “[...] ainda quando corretamente manejada pelo excipiente, a exceção de contrato não cumprido não funciona como causa de improcedência da ação intentada pelo exceto. A exceção, in casu, é somente dilatória, provocando a suspensão de exigibilidade da prestação reclamada pelo autor apenas até o momento em que sua contraprestação seja adimplida. A sentença, portanto, deve ser de acolhimento do pedido, sob condição de execução simultânea das duas prestações em falta (isto é, a do autor e a do réu). Em outras palavras, para executar a sentença dada sob impacto da exceção do art. 1.092 do Código Civil, cumprirá ao credor ‘provar que adimpliu a contraprestação, que lhe corresponde, ou que lhe assegura o cumprimento’ (CPC, arts. 582 e 615, nº IV). O sistema do nosso Direito, portanto, não é o de repelir a ação do exceto, mas a de conferir-lhe uma sentença condicional contra o excipiente” (THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 136).

10. CONTEÚDO DA SENTENÇA

10.1. Conteúdo e efeitos: distinção

Todo ato jurídico possui, necessariamente, um conteúdo. É o que lhe dá existência. Justamente por ser um ato *jurídico*, tem ele aptidão para produzir efeitos jurídicos. Como todo ato jurídico, a decisão judicial possui conteúdo e deve ter, ao menos em tese, aptidão para gerar efeitos jurídicos. Não se confundem o conteúdo e os efeitos de uma sentença. Nada obstante a íntima relação que entre eles há, “o efeito é algo que está necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz”²⁰⁶. São entidades inconfundíveis: “aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra”²⁰⁷.

Uma coisa é a música; outra coisa é o que sentimos ao ouvi-la.

O conteúdo compreende a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado, seja para certificar o direito a uma prestação (fazer, não fazer ou dar coisa), seja para reconhecer um direito potestativo, seja ainda para tão-somente declarar algo. Efeito é a repercussão que a determinação dessa norma jurídica individualizada pode gerar e que vincula, de regra, as partes do processo.

Por exemplo, o reconhecimento do direito do autor de receber uma quantia do réu, aliado à imposição ao réu de cumprimento desse dever (conteúdo), gera para o credor a possibilidade de, em caso de descumprimento, lançar mão de medidas executivas para satisfazer o seu direito já certificado (efeito). Do mesmo modo, o reconhecimento de um determinado direito potestativo, consistente, por exemplo, na anulação de um contrato (conteúdo), repercute na situação jurídica das partes envolvidas no processo, fazendo cessar os direitos e obrigações recíprocas que daquele contrato emanavam (efeito).

Diante dessa diferenciação, salta aos olhos a utilidade de classificar as decisões judiciais de acordo com o seu conteúdo, pois a partir do conteúdo de cada uma delas é que se poderá traçar um esboço dos efeitos que ela estará apta a gerar.

Uma importante consequência da distinção entre o conteúdo e os efeitos da sentença, aqui tomada em sentido amplo, está em que a coisa julgada material atinge a norma jurídica individualizada estabelecida pelo magistrado (isto é, o *conteúdo* da sentença), e não os seus efeitos. Tanto que os efeitos da

206. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Temas de direito processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 176.

207. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema”. *Temas de direito processual – quarta série*, cit., p. 177.

sentença, como afirma JOSÉ MARIA TESHEINER, “mesmo passada em julgado, não se destinam a perdurar indefinidamente”²⁰⁸. De regra, com a satisfação do quanto certificado no comando decisório – sobretudo nos casos de direito a uma prestação –, exaurem-se os efeitos da sentença, mantendo-se, porém, incólume o seu conteúdo.

Nessa linha de pensamento, é possível ao titular da situação jurídica ativa renunciar ao direito que lhe fora certificado na decisão²⁰⁹ ou mesmo celebrar acordo em momento posterior ao trânsito em julgado, afastando os *efeitos*, jamais o *conteúdo* da decisão. Também em decorrência de a coisa julgada operar-se tão-somente sobre o conteúdo da decisão, é possível, por exemplo, ao juiz, mesmo após o trânsito em julgado de uma sentença mandamental ou executiva, alterar a medida coercitiva/subrogatória outrora imposta²¹⁰.

Pelo mesmo motivo, é possível àquele que se divorciou casar-se novamente, inclusive com a mesma pessoa de quem se divorciara. Isso somente se dá porque a intangibilidade implementada pela coisa julgada material somente atinge o conteúdo da decisão (a dissolução do vínculo matrimonial), e não os seus efeitos (a situação jurídica nova que surge após a dissolução; o *status* de “divorciado”). Se a coisa julgada material atingisse também os efeitos da decisão, tornando-os imutáveis, jamais seria possível ao “divorciado” deixar de sê-lo; não poderia mais casar-se, portanto.

10.2. Classificação das decisões de procedência quanto ao seu conteúdo

10.2.1. Introdução

É bastante conhecida a divergência com que os doutrinadores nacionais e estrangeiros sempre trataram a questão da classificação das sentenças. No fim do século XIX, na Alemanha, WACH falava que as sentenças poderiam ser classificadas em três modalidades, lançando a semente do que hoje se conhece como classificação ternária das sentenças em *condenatória*, *constitutiva* e *declaratória*. Essa foi a ideia que, essencialmente, prevaleceu ao longo de todo o século XX, embora tenha sofrido, aqui e ali, algumas variações. Também no Brasil a chamada classificação ternária foi bem acolhida, mas mereceu a crítica de PONTES DE MIRANDA, que contribuiu para uma mudança de pensamento quando lançou mão de uma outra classificação, a classificação quinária, que

208. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 74.

209. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, ob. cit. p. 72.

210. Isto porque o que faz parte do conteúdo é a previsão de efetivação sem a necessidade de um novo processo, e não a forma como essa efetivação será feita.

acrescentava às três modalidades já existentes de sentença dois outros tipos: as sentenças *mandamental* e *executiva*²¹¹.

Com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005, essa discussão perdeu um pouco a sua razão de ser. Atualmente toda decisão que reconhece a existência de dever de prestar (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia) pode ser efetivada no mesmo processo em que foi proferida, não havendo mais necessidade de instauração de um processo autônomo de execução. Perdeu o sentido, pois, distinguir as sentenças condenatórias das mandamentais e das executivas. O critério distintivo era exatamente a necessidade ou não de um novo processo para a efetivação da decisão judicial: a *sentença condenatória* deveria ser executada *ex intervallo*, em

211. Ver o capítulo relativo à teoria da ação, no v. I deste Curso. Para maiores considerações sobre a evolução histórica dessa discussão, com amplas considerações: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 1, p. 66; GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004; _____. “As novas sentenças e os poderes do juiz”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Edições JusPODIVM, 2005; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”, in *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-142; _____. “Sentença executiva?”. *Leituras complementares de processo civil*. Fredie Didier Jr. (org.) Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 51-68; _____. “Reflexões críticas sobre uma teoria da condenação civil”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 72-80; _____. “A sentença mandamental – da Alemanha ao Brasil”. *Temas de Direito Processual – 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53-70; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2003, 3 v; _____. “Direito material e processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33, p. 615-635; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-82; _____. “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-40; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – ‘ação’ processual): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 129-138; _____. “Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação”. *Introdução ao estudo do processo civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 63-114; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Efetividade e tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 34, p. 665-689; *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83-110; _____. “O problema da eficácia da sentença”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-54. _____. “Direito material, processo e tutela jurisdicional”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319; ZANETI Jr., Hermes. “A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)”. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Fabio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.

outro processo, a *sentença mandamental/executiva* poderia ser executada *sine intervalo*, ou seja, no mesmo processo em que proferida²¹².

A partir da nova redação do art. 461 (1994), as sentenças que reconheciam o direito a uma prestação de *fazer* ou *não-fazer* passaram a poder ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas. Em 2002, com a introdução do art. 461-A ao CPC, o mesmo regime foi estendido à efetivação das sentenças que reconhecessem o direito a uma prestação de entrega de coisa. Mais recentemente (2005), a sentença *pecuniária* também passou a poder ser efetivada no mesmo processo em que proferida, como se vê da redação do art. 475-J, CPC. Todas as *sentenças de prestação* podem ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas, *sine intervalo*. Todas podem ser designadas, pois, de *condenatórias*, embora se reconheça que houve uma alteração no conceito de *sentença condenatória*.

O conceito de sentença condenatória é *jurídico-positivo*, e não *lógico-jurídico*: depende, pois, do exame do direito positivo. Se antes a execução *ex intervalo* era a regra, agora a regra é a execução *sine intervalo*. Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente *sentenças de prestação* dão ensejo a atividade executiva. Como não há mais distinção da técnica executiva, todas podem, sem problema, ser chamadas de *condenatórias*.

Volta-se ao começo, embora não se possa dizer que tenha havido um retrocesso: retoma-se a importância da classificação ternária das decisões de procedência, levando-se em conta o seu *conteúdo*. É nesse sentido que dividimos as decisões de procedência entre as *sentenças de prestação* (que podem ser chamadas de *condenatórias*), as *constitutivas* e as *declaratórias*²¹³. Restringe-se a classificação às decisões *de procedência*, porque as decisões de improcedência têm normalmente conteúdo declaratório²¹⁴, o que retira a utilidade de que se submetam a uma classificação.

212. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. "'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais". *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 42, item 6.

213. É a classificação adotada por ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Angela Romera Vera (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, s/a, t. 2, p. 5.

214. Veja-se o caso da que julga improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, que tem natureza constitutiva, porque decreta a inconstitucionalidade do ato normativo (art. 24, Lei Federal n. 9.868/99). Foi o que defendemos em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. "Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade)", in *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Edições JusPodivm, 2006, p. 356-363. A despeito disso, prevalece o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade tem natureza declaratória; portanto, segundo o entendimento predominante, também o teria a decisão que julga improcedente a ação declaratória de constitucionalidade.

Além disso, é importante lembrar que, se a decisão tiver mais de um capítulo, é possível que cada um desses capítulos tenha um conteúdo distinto – e, portanto, que cada um deles tenha aptidão para gerar os efeitos que lhe são próprios.

Por exemplo, a decisão que decreta a rescisão de um contrato e determina ao réu o pagamento de uma indenização ao autor tem um capítulo constitutivo (o que desconstitui o contrato) e outro que impõe uma prestação (o que condena ao pagamento de quantia).

10.2.2. *Decisões condenatórias*

Decisões condenatórias ou decisões que impõem prestação são aquelas que reconhecem a existência de um direito a uma prestação e permitem a realização de atividade executiva no intuito de efetivar materialmente essa mesma prestação. Direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação, isto é, de uma conduta material, que pode consistir num fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia.²¹⁵

A decisão que impõe ao réu a obrigação de pagar ao autor uma quantia a título de indenização por danos materiais ou morais é decisão que impõe prestação (obrigação de pagar quantia), assim como o é aquela que determina a uma emissora de televisão que se abstenha de veicular determinada reportagem em sua programação (obrigação de não-fazer) ou a que determina a uma empresa que reformule o rótulo dos produtos que comercializa para que nele passe a constar uma determinada informação importante para o consumidor (obrigação de fazer), ou ainda, e para trazer um último exemplo, a decisão que determina ao réu que restitua o bem que lhe foi entregue em depósito (obrigação de dar coisa).

Direitos a uma prestação são também conhecidos como *direitos subjetivos em sentido estrito*, que, ao lado dos *direitos potestativos* e dos *poderes-deveres* (*direitos/poderes funcionais*) compõem o quadro dos poderes jurídicos, situações jurídicas ativas ou *direitos subjetivos em sentido amplo*.²¹⁶

215. Relacionando a sentença condenatória com qualquer direito a uma prestação, DENTI, Vittorio. “‘Flashes’ sul accertamento e condanna”. *Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM, 1985, p. 260.

216. Assim, também, PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 173-174: “É o poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo (ação) ou negativo (abstenção ou omissão). Contrapõe-se-lhe o *dever jurídico* da contraparte – um dever de ‘*facere*’ ou de ‘*non facere*’. O dever jurídico é, pois, a necessidade de (ou a vinculação a) realizar o comportamento a que tem direito o titular activo da relação jurídica. São direitos subjectivos propriamente ditos os direitos de crédito (aos quais se contrapõe um dever jurídico de pessoa ou pessoas determinadas, por isso se falando aqui de direitos relativos), os direitos reais e os direitos de personalidade (aos que se contrapõe uma obrigação passiva universal ou dever geral de abstenção, que impende sobre todas as outras pessoas, por isso se falando neste caso de *direitos absolutos*), os direitos de família quando não forem *poderes-deveres*, etc.”

O direito a uma prestação, quando certificado pelo juiz, precisa ser concretizado no mundo físico, o que somente vai acontecer se o demandado *cumprir* a ordem que lhe é dirigida. Isto se dá porque o bem da vida buscado, quando se lança mão de uma ação de prestação, é a própria prestação, ou seja, o resultado do fazer ou do não-fazer, a própria coisa ou a quantia cuja entrega ou pagamento se pretende. De nada adianta, por exemplo, àquele que foi reconhecido como credor de uma quantia ver certificado esse seu direito subjetivo por uma sentença, se o réu, a quem se dirigiu a ordem judicial, não efetuar o pagamento. É por isso que se diz que o direito certificado precisa ser concretizado no mundo físico.

Quando o sujeito passivo não cumpre a prestação, fala-se em inadimplemento ou lesão. Considerando que a autotutela é, em regra, vedada no ordenamento jurídico, o titular desse direito (credor), embora tenha a pretensão, não tem como, por si, agir para efetivá-lo. É nesse contexto que surge a tutela executiva como forma de efetivação judicial do direito a uma prestação: certificado o direito subjetivo do credor e ocorrendo o inadimplemento (não cumprimento voluntário) do devedor, pode o titular do direito valer-se de medidas executivas para efetivar a decisão, buscando a satisfação do bem jurídico almejado.

Assim, a atividade jurisdicional não se exaure com a *certificação* do direito subjetivo; ela somente se exaure com a *efetivação* desse direito. Por essa razão, a Lei Federal n. 11.232/2005 optou por alterar o conceito de sentença previsto no art. 162, § 1º, do CPC, deixando de caracterizá-la como o ato que encerra o *processo* – a certificação do direito à prestação não encerra o processo; ele deve prosseguir para que o direito seja efetivado. Por isso também que a mesma lei retirou do *caput* do art. 463 do CPC a referência ao fato de que a prolação da sentença encerra o ofício jurisdicional²¹⁷.

Pode-se ver, com isso, que a decisão que impõe uma prestação tem por *conteúdo* a certificação da existência de um direito subjetivo do autor e a imposição ao réu do cumprimento do respectivo dever e tem por *efeito* viabilizar que o credor possa valer-se de medidas executivas para buscar a satisfação desse seu direito.

Sobre a forma de efetivação das decisões que impõem obrigação de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia, ver o v. 5 deste *Curso*, dedicado ao estudo da execução judicial. É importante, contudo, ressaltar que é com base exatamente na *forma de efetivação* que as decisões que impõem prestação eram subdivididas em *condenatórias*, *mandamentais* ou *executivas*.

217. Para considerações mais aprofundadas sobre esse assunto, ver, neste mesmo capítulo, o item que trata da sistematização dos pronunciamentos judiciais.

Como se viu no item anterior, ainda que brevemente, *condenatória* era a designação reservada às decisões que exigiam, para que fossem efetivadas, o ajuizamento de um processo autônomo de execução (o chamado processo de execução de título judicial). As sentenças *mandamental* e *executiva* poderiam ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas, a primeira por medida de *coerção indireta* e a segunda, por *coerção direta*. Essa distinção perdeu a razão de ser com a Lei Federal n. 11.232/2005, que veio tornar prescindível o manejo de ação autônoma de execução em todos os casos em que se reconheça um direito a uma prestação, possibilitando que o direito subjetivo ao pagamento de quantia possa ser efetivado *no mesmo processo* em que foi certificado – é a chamada execução como *fase* do procedimento, sobre a qual se falará, mais detidamente, em capítulo próprio.

Em virtude dessa mudança legislativa, é preferível, como visto, referir-se às decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), genericamente, como *decisões condenatórias*, no sentido de que viabilizam o manejo de medidas executivas para que possam ser efetivadas (ainda que essa efetivação possa ser buscada no mesmo processo em que se deu a certificação).

Como dito, levando-se em conta o *conteúdo*, é possível agrupar numa mesma categoria as sentenças que impõem prestação. Analisadas, porém, quanto aos seus *efeitos*, parece-nos que ainda há alguma utilidade em que se classifiquem as decisões que impõem prestação em, pelo menos, *mandamentais* e *executivas*, que, neste sentido, seriam espécies de *sentença condenatória*. Essa distinção parte da premissa de que a execução pode ocorrer com ou sem a participação do executado – o que será visto com mais pormenores em capítulo próprio. Chama-se de *execução direta* (ou execução *por sub-rogação*) aquela em que o Poder Judiciário prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida; há uma substituição da conduta do devedor pela conduta do Estado-juiz. Já a *execução indireta* é aquela em que não há substituição da conduta do devedor; o Estado-juiz toma providências no sentido de forçar o próprio devedor a cumprir a prestação que lhe é imposta.

A decisão *mandamental* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *indireta* que atue na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial – é o que se dá na decisão que impõe ao réu que faça alguma coisa, num determinado prazo, sob pena de multa diária. Já a decisão *executiva* é aquela que impõe uma prestação ao réu e prevê uma medida coercitiva *direta*, que será adotada em substituição à conduta do devedor, caso ele não cumpra voluntariamente o dever que lhe é imposto – é o que ocorre na decisão que impõe ao inquilino a entrega do bem imóvel ao locador, sob pena de despejo.

É importante fazer uma observação, neste momento: parte-se do pressuposto teórico de que a *execução direta* (ou *por coerção indireta*) é execução. A premissa, reconheça-se, é polêmica, pois, para muitos, só há execução propriamente dita quando o Estado realiza *diretamente*, por sub-rogação, a prestação devida, a expensas do devedor²¹⁸.

As decisões que impõem um fazer, não-fazer ou a entrega de coisa podem ser mandamentais ou executivas, a depender da medida coercitiva de que lance mão o juiz. A decisão que impõe obrigação de pagar quantia pode ser *executiva*, o que é a regra, tendo em vista a técnica da expropriação forçada do patrimônio do devedor (penhora/hasta pública), ou *mandamental*, como é o caso da sentença que condena ao pagamento de alimentos, efetivada *sob pena de prisão civil*.

10.2.3. Decisões constitutivas

Constitutiva é a decisão que certifica e efetiva direito potestativo. Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. São exemplos de direitos potestativos: (i) o de rever as cláusulas de um contrato ou de rever a prestação alimentícia é potestativo (altera relação jurídica); (ii) o de instituir servidão ou de adotar alguém (cria relação jurídica); (iii) o de rescindir um contrato ou de anulá-lo, ou ainda o direito de pedir o divórcio (extingue relação jurídica).

Ao formular um pedido constitutivo, o bem jurídico almejado pelo demandante é a situação jurídica nova decorrente do reconhecimento do direito potestativo de que se afirma titular (ou seja, a que surge após a alteração, a criação ou a extinção da relação jurídica)²¹⁹. A decisão, portanto, que acolhe um pedido constitutivo é uma decisão constitutiva. Ela tem por *conteúdo* a certificação e a efetivação de um direito potestativo; seu *efeito* é a situação jurídica nova, que resulta do reconhecimento do direito potestativo. Apenas para exemplificar, a decisão que decreta a rescisão de um contrato (conteúdo) faz cessar todos os direitos e obrigações dele decorrentes (efeito).

Ao contrário do direito a uma prestação, o direito potestativo se efetiva no plano jurídico, não no plano dos fatos. É por isso que a sua efetivação prescinde de atividade executiva, tal como a que se exige para a efetivação de um direito de prestação. A decisão que certifica um direito potestativo já o efetiva com a

218. Sobre a polêmica, ver, por todos, GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 30-34.

219. Cf. ROSENBERG, Lco. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 23.

simples implementação da nova situação jurídica almejada, sem necessidade de que sejam praticados quaisquer atos de execução²²⁰.

Assim, por exemplo, a decisão que decreta a nulidade de um contrato é suficiente para que a relação jurídica contratual seja extinta, sendo desnecessário que as partes pratiquem qualquer conduta para tanto (p. ex., não precisam inutilizar as vias do instrumento do contrato, nem devolvê-las uma à outra). A decisão que julga procedente uma ação rescisória é suficiente para desconstituir a coisa julgada material que acobertava a decisão rescindenda, independentemente de ato material do réu. A revisão contratual implementada por uma decisão judicial opera efeitos independentemente de modificação material do instrumento do contrato (reestruturação das suas cláusulas, por exemplo).

Normalmente, os efeitos da decisão constitutiva se operam *ex nunc*, mas é possível que o legislador lhes atribua, em determinadas situações, eficácia retroativa (*ex tunc*), como é o caso da que anula (art. 182 do CC)²²¹ ou resolve negócio jurídico (art. 478 do CC)²²².

Fala-se em um tipo especial de decisão constitutiva, típica das ações de controle de constitucionalidade, digno de abordagem: a decisão aditiva.

A *decisão aditiva* (ou modificativa²²³) é aquela em que o Tribunal Constitucional acrescenta determinada disposição ou ressalva na norma, necessária para que esteja conforme a Constituição Federal. Adiciona à norma tida por inconstitucional um novo segmento que permite sua subsistência no sistema à luz da Constituição.²²⁴

220. “La sentencia constitutiva l’orma por si sola, por lo regular, rara vez unida a otros elementos, los requisitos exigidos por la ley para la modificación del derecho” (ROSENBERG, Lco. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 22).

221. “Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”.

222. “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”. A propósito, “as sentenças constitutivas, se bem que em regra produzam efeitos somente *ex nunc*, podem, nalguns casos, produzi-los *ex tunc*. Com certeza: recordem-se, a título exemplificativo, a sentença de exclusão do herdeiro ou legatário, por indignidade, e a que anula ato jurídico, nas hipóteses do art. 147 [atual 182] do Código Civil”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 187, acrescentamos o texto entre colchetes). Assim, também, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Sentença constitutiva e volta ao estado anterior”. *Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – sessenta anos de existência*. Antonio Cachapuz de Medeiros (org.) Porto Alegre: IARGS. 1986, p. 223-228; ZANETI Jr., Hermes. “A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial”. *Eficácia e coisa julgada*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 103-105; PARÁ FILHO, Tomás. *Estudo sobre a sentença constitutiva*. São Paulo: s/ed, 1973, p. 139-140; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998, t. 3, p. 45.

223. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 503-504.

224. Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, cit., p. 503-504.

Em outros termos, “a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a Constituição”.²²⁵ Com isso, o Tribunal supre uma omissão legislativa parcial e exerce nítida função criadora de norma – ainda que de caráter complementar e analógico.

Fácil vislumbrar decisões deste viés nos casos em que o ato normativo afronta o princípio da igualdade, por excluir da sua proteção grupo de pessoas que deveria ser por ela abrangido. Necessário, pois, aditar o texto normativo para que a tutela jurídica por ele oferecida alcance todos aqueles que sejam legitimamente dignos do benefício legal. “Nesses casos, a Corte declara inconstitucional a norma *na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído* (...) o que a Corte faz, a rigor, é criar uma norma autônoma, que estende aos excluídos o benefício concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento”.²²⁶

Na ADIN n.º 2652-6/DF, proposta pela ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores do Estado, revelou-se, de forma tímida, essa atuação aditiva e criadora do STF, ainda que implicitamente. Sustentou-se, na dita ADIN, a inconstitucionalidade do art. 14, parágrafo único. CPC. por ferir o primado da isonomia ao excluir da incidência da multa ali prevista – imposta a todos que desrespeitem ordens judiciais – os advogados sujeitos exclusivamente aos estatutos da OAB, que seriam, tão-só, os particulares, não abrangendo os públicos – já que também se encontram sujeitos aos estatutos específicos de sua classe. Em 20 de maio de 2003, foi publicada decisão do STF no D.O.U. que julgou procedente a referida ADIN, reconhecendo ser suficiente uma boa interpretação da norma, nestes termos: “O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de texto, emprestar à expressão ‘ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB’, contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003”.

É o princípio da conservação dos atos jurídicos que recomenda que a Corte Constitucional evite a eliminação da norma infraconstitucional do ordenamento jurídico, dando-lhe, sempre que possível, interpretação conforme a Constituição. Mas essa interpretação pode ser integrativa, adicionando ao conteúdo da

225. COELHO, Inocêncio, Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.defensoria.pa.gov.br/documents/novoconst.PA.2.doc>>. Acesso em 30.mai de 2007.

226. COELHO, Inocêncio, Mártires. *O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional*, cit. Vide, também, NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-08.pdf. Acesso em: 11 dez de 2007, p. 11.

norma a regra que lhe faltava para que se revelasse concorde com a Constituição Federal.²²⁷

10.2.4. Decisões meramente declaratórias

Consideram-se *meramente declaratórias* as decisões que se restringem a certificar a existência ou a inexistência de uma situação jurídica. Como se viu no v. 1 deste *Curso*, as ações meramente declaratórias se caracterizam porque têm por objetivo tão-somente obter uma certificação, uma certeza jurídica, um preceito. Elas são cabíveis naquelas situações em que há uma situação de incerteza, de dúvida, acerca da existência/inexistência de uma situação jurídica e a parte busca no Judiciário uma certificação. Assim, a decisão meramente declaratória pressupõe essa situação de incerteza e tem por objetivo eliminá-la. Daí se dizer que o bem da vida que ela confere àquele que provocou a jurisdição é a certeza jurídica acerca da existência ou inexistência de uma determinada situação jurídica²²⁸.

Se uma entidade de assistência social, sem fins lucrativos, assim reconhecida por lei, é notificada acerca da existência de processo administrativo de constituição de crédito tributário relativo a imposto incidente sobre o seu patrimônio, pode pleitear judicialmente, fundada na imunidade que lhe é garantida pelo art. 150, VI, “c”, da CF, a declaração de inexistência de relação jurídica tributária com aquele ente tributante. A notificação para pagamento do tributo gera uma situação de incerteza, pois representa a afirmação, pelo Fisco, da *existência* de uma relação jurídica tributária, enquanto que o não-pagamento pela entidade beneficente se funda na *inexistência* dessa mesma relação. Vê-se, pois, que há uma dúvida objetiva e pode-se buscar, com isso, uma certificação judicial acerca da existência ou inexistência dessa relação jurídica.

A decisão que julga procedente uma ação de usucapião também tem natureza declaratória, pois certifica a existência do direito de propriedade do autor em função de ter-se operado a usucapião, fato gerador do direito real. Do mesmo modo, a decisão que declara extinta a obrigação numa ação de consignação em pagamento, ou ainda aquela que, nessa mesma ação, certifica a existência de saldo a ser pago ao credor.

Trata-se, como se vê, de decisão que tem por *conteúdo* a própria declaração acerca da existência/inexistência de uma situação jurídica. Essa declaração tem por *efeito* trazer uma certeza jurídica.

A decisão declaratória não se presta à declaração da existência ou inexistência de fatos. A resolução das questões de fato se dá *incidenter tantum*, isto é, como pressuposto para a decisão da questão principal, necessariamente uma questão

227. Sobre o tema, NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo*, cit., p. 10 e 11.

228. Cf. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, cit., tomo II, p. 13.

jurídica. A existência ou inexistência de fatos não pode ser objeto de certificação judicial, tampouco se pode falar em coisa julgada material quanto a isso. Somente num caso é que se admite a declaração de existência ou inexistência de fato: quando se tratar de autenticidade ou falsidade de documento (arts. 4.º, II, e 395, ambos do CPC). Neste caso, e somente neste, a decisão será declaratória e recairá sobre uma questão de fato: a de saber se um documento é, ou não, autêntico.

ALEXANDRE CÂMARA fala ainda em outros exemplos de decisões que declaram fatos: “a sentença que, em ‘ação demarcatória’, torna certo o lugar onde se encontra o limite entre dois imóveis, ou a sentença que, no procedimento da posse em nome do nascituro, afirma a existência de um estado de gravidez”.²²⁹

A principal distinção que há entre as decisões meramente declaratórias e as decisões que impõem uma prestação está em que, enquanto nestas últimas o magistrado *certifica* a existência de uma situação jurídica ativa (a do credor da prestação) e *determina* ao demandado que cumpra o seu dever, nas declaratórias o conteúdo cinge-se à simples *certificação* da existência de uma situação jurídica. Isso ocorre porque, a princípio, aquele que demanda apenas uma declaração não tem a pretensão de efetivá-la.

Vale relembrar o que já se disse no v. 1 deste Curso: mesmo nos casos em que o direito cuja certificação se busca já foi violado, o legislador brasileiro admite haver interesse-utilidade na pretensão processual à simples declaração da sua existência. Em outras palavras, ainda que o demandante já possa pleitear a *certificação* e a *efetivação* de um direito (porque já violado), é lícito que peça apenas a *certificação*. É o que deflui da leitura do art. 4.º, p. único, do CPC.

De outro lado, a principal diferença entre as decisões meramente declaratórias e as decisões constitutivas está em que, nestas últimas, o reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica é pressuposto para a implementação da situação jurídica nova. Assim, para que uma decisão possa criar uma relação jurídica, deve partir do pressuposto lógico de que essa relação *não existe*; para que uma decisão possa extinguir ou alterar uma relação jurídica, deve partir da premissa de que ela *existe*. A sentença constitutiva *inova*; a sentença meramente declaratória apenas *reconhece* o que já existe ou não.

O que se vê, pois, é que a decisão meramente declaratória é um *minus* em relação às decisões constitutivas e às que impõem uma prestação. É exatamente por isso que se acrescenta ao adjetivo “declaratória” o advérbio “meramente”: uma decisão pode *certificar e determinar* a efetivação (decisão que impõe uma prestação), pode *certificar e alterar* uma situação jurídica (decisão constitutiva) ou pode simplesmente *certificar* (decisão meramente declaratória).

229. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, 10 ed., v. 1, p. 439.

Esse tipo de decisão se caracteriza por ter eficácia retroativa (*ex tunc*), mas é possível ao legislador, ao menos teoricamente, em situações que entender pertinentes, restringir essa eficácia.

11. EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

11.1. Eficácia principal

Dizem-se *principais* os efeitos que decorrem diretamente do conteúdo da decisão e dizem respeito à situação jurídica controvertida: a possibilidade de tomada de providências executivas, no caso das decisões que impõem uma prestação; a situação jurídica nova, no caso das decisões constitutivas; a certeza jurídica, no caso das decisões declaratórias.

Sobre esses efeitos, ver item anterior.

11.2 Eficácia reflexa

A sentença, encarada como ato decisório, além dos efeitos principais, já examinados, relacionados à situação jurídica litigiosa, produz, muita vez, efeitos também sobre relação jurídica estranha ao processo, mas que mantém um vínculo de conexão jurídica com a relação discutida. Trata-se da chamada *eficácia reflexa da sentença*.²³⁰

A sentença em uma ação reivindicatória repercute na relação jurídica entre o réu-adquirente e o terceiro de quem ele adquiriu o bem, conferindo ao primeiro os direitos que da evicção lhe resultam (arts. 457 e segs. do CC-2002). A sentença de *despejo*, ao resolver o contrato de locação, desfaz, conseqüentemente, a relação de sublocação, que é conexa à relação locatícia que foi discutida.

FRANCESCO CARNELUTTI explica longamente os fundamentos da *eficácia reflexa das decisões*: “as relações jurídicas singulares não vivem isoladamente e sim que coexistem umas com as outras, e essa coexistência dá lugar a relações múltiplas de interferência ou de interdependência: por exemplo, a fiança está ligada à dívida principal; a propriedade do sucessor o está à propriedade do autor; o direito do credor sobre os bens do devedor o está aos direitos que ao devedor correspondam sobre os mesmos bens etc. É natural que a constituição, a modificação ou, geralmente, a declaração de uma relação singular tenham *repercussão* em seus efeitos sobre as outras que guardem conexão com ela”.²³¹

230. Considerando a *eficácia reflexa* como um efeito do ato decisório *sentença*, CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelleiti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 565; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 54.

231. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, p. 437.

O gênio italiano ainda ensina: a eficácia reflexa da sentença não é uma exclusividade da decisão judicial como ato jurídico. Todos os fatos jurídicos podem ter essa eficácia reflexa. Acontece, por exemplo, com o negócio jurídico, que, não obstante vincule normalmente apenas os sujeitos que dele participaram, também pode repercutir reflexamente em terceiro: "...que o devedor principal obtenha do credor a remissão, que o contrato de compra do autor seja válido ou nulo, que o devedor venda a alto ou baixo preço seus bens, favorece ou prejudica ao fiador, ao sucessor, ao credor (e quanto!). Ai não medeia um milímetro de diferença entre o que acontece então e o que se sucede a propósito da coisa julgada".²³²

É importante percebê-lo, pois algumas intervenções de terceiro têm como fundamento para a sua existência exatamente a possibilidade de ocorrência desta eficácia reflexa em relação jurídica de que terceiro faz parte. É o que acontece com a denunciação da lide e a assistência simples, por exemplo.

Em algumas situações excepcionais, a lei, levando em consideração essa possível eficácia reflexa, já impõe a intimação do terceiro para ter conhecimento do processo e, assim, tomar as providências que reputar necessárias. Veja alguns exemplos: a) na ação de responsabilidade civil proposta contra o segurado, esse deverá obrigatoriamente comunicar à seguradora a pendência do processo (§ 3º do art. 787 do CC-2002²³³); b) intimação do sublocatário na ação de despejo, obrigatória conforme o § 2º do art. 59 da Lei Federal n. 8.245/1991²³⁴.

11.3. Eficácia anexa (eficácia de fato)

11.3.1. Generalidades

Dizem-se *anexos*, ou secundários, os efeitos que uma norma jurídica (lei ou negócio jurídico, por exemplo) anexa à decisão judicial; isto é, não são consequência do conteúdo da decisão, mas de uma específica determinação normativa estranha à sentença. Esta norma toma a sentença como um fato da vida e anexa a ela efeitos que, se dependesse do seu conteúdo, a decisão não os produziria. Esses efeitos independem de pedido da parte, da manifestação do juiz ou do conteúdo da decisão. São efeitos indiretos e automáticos que resultam do *fato* de a decisão existir²³⁵. A decisão, neste caso, é tratada como se fosse um *fato*, cujos efeitos independem da vontade, e não um *ato voluntário*, cujos efeitos jurídicos

232. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Hiltomar Martins Oliveira (trad.) São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1, p. 438.

233. "§ 3º Intendada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador".

234. "Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes."

235. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 454.

são determinados pela vontade de quem os pratica. É, pois, encarada como um ato-fato: ato humano tratado pelo Direito como se fosse um fato.

São exemplos de efeitos anexos: (i) a perempção, que é gerada pela terceira sentença de extinção sem julgamento de mérito por abandono unilateral (art. 268, par. ún., do CPC); (ii) a separação de corpos, que é gerada pela sentença que decreta o divórcio; (iii) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença que extingue a execução provisória (art. 475-O, I, CPC); (iv) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito dos provimentos que fazem cessar a eficácia das medidas cautelares (art. 811, CPC); (v) o direito ao ressarcimento de danos, independentemente de condenação, que é efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado (arts. 475-N, II, CPC e 91, I, CP); esse direito pode ser exercido pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63, CPP)²³⁶; (vi) efeito anexo tributário da sentença, naquilo que diz respeito às custas processuais, eventualmente não recolhidas²³⁷; (vii) o direito a honorários de êxito, no caso de uma cláusula contratual prever pagamento adicional no caso de vitória de uma das partes – note que, aqui, temos um efeito anexo por previsão negocial.

A prolação de um provimento judicial é, por si só, um fato da vida, tanto que a superveniência de uma decisão judicial é considerado como um *fato* novo, apto a influenciar no conteúdo do julgamento de um outro processo, nos termos do art. 462 do CPC. Eis o que diz o Informativo n. 509 do STJ, de 5/12/2012: “O provimento judicial que altera, modifica ou extingue direito pode ser considerado como fato superveniente a que se refere o art. 462 do CPC. Apesar de algumas decisões terem efeitos apenas dentro do processo (endoprocessual), esses provimentos judiciais podem ser considerados como fatos supervenientes capazes de alterar, modificar ou extinguir direito discutido em outro feito, devendo ser considerados nos termos do art. 462 do CPC, a fim de impedir a coexistência de duas decisões inconciliáveis. REsp 1.074.838-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23/10/2012”.

Há, ainda, um outro importante efeito anexo que pode decorrer de uma decisão judicial: a hipoteca judiciária. Sobre o tema, ver o próximo item.

236. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*, 3 ed., cit., p. 35-36.

237. CALAMANDREI, Piero. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. I, p. 274-275; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 52. Exatamente em razão desse efeito anexo da sentença, é que o art. 12 da Lei 11.636/2007 (que cuida do regime de custas perante o STJ) assim estabelece: “Extinto o processo, se a parte responsável pelo pagamento das custas ou porte de remessa e retorno, devidamente intimada, não o fizer dentro de 15 (quinze) dias, o responsável pela unidade administrativa competente do órgão julgador a que estiver afeto o processo encaminhará os elementos necessários ao relator e este à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, para sua inscrição como dívida ativa da União.

PONTES DE MIRANDA oferece interessante lição para distinguir a *eficácia anexa* da *eficácia reflexa da sentença*: “No fundo, a diferença entre os efeitos anexos e os reflexos – que chamaríamos conexos, se a palavra ‘conexão’ não tivesse sentido mais técnico e menos comum – está em que a lei, quanto àqueles, intencionalmente os cria, ocorrendo certas circunstâncias relativas aos bens da vida, e, quanto a esses, é a vida que os cria devido à entremistura das incidências da lei. *Anexidade* é comum àqueles e a esses: ali, propositada; aqui, ocasional”.²³⁸

11.3.2. Hipoteca judiciária

A hipoteca é direito real de garantia sobre coisa alheia, por meio do qual um bem²³⁹ pertencente ao devedor passa a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária, podendo ser alienado para que o credor satisfaça o seu direito de crédito com o valor obtido com a alienação. A hipoteca pode ser: *a)* convencional, quando nasce da vontade das partes; *b)* legal, quando decorre da lei (art. 1.489, CC); e *c)* judiciária, quando decorre de decisão judicial; “todas, independentemente do móvel de sua constituição, têm por escopo fazer dos bens do devedor a garantia do credor”²⁴⁰.

A hipoteca judiciária está prevista no art. 466 do CPC²⁴¹ e no art. 167, I, 2, da Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015/1973). Trata-se de efeito anexo da sentença que impõe obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa e se revela como medida extremamente eficaz para assegurar/garantir o resultado útil de futura execução desse tipo de decisão judicial, embora “razões desconhecidas fazem com que esse instituto tenha pouquíssima aplicação prática”²⁴². Seu principal objetivo é prevenir a fraude à execução, autorizando o credor a perseguir o bem onde quer que se encontre (direito de sequência).

Como se vê, o art. 466 do CPC apenas prevê a hipoteca judiciária como um efeito anexo da sentença que impõe prestação, consistente em *dinheiro* ou em *coisa*, deixando de lado, ao que parece, as decisões que impõem um *fazer* ou um *não-fazer*. Surge, então, a dúvida: é possível ampliar este rol para abranger também essas últimas sentenças? Ou, ao contrário: será que atualmente ainda

238. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 54.

239. Art. 1.473 do CC: “Podem ser objeto de hipoteca: I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II – o domínio direto; III – o domínio útil; IV – as estradas de ferro; V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI – os navios; VII – as aeronaves”.

240. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 135.

241. Eis a redação do *caput*: “A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos”.

242. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 179.

faz sentido falar na hipoteca judiciária como meio de garantir uma decisão que determine entrega de coisa?

MONIZ DE ARAGÃO analisou a questão à luz do art. 824 do Código Civil de 1916, cuja redação era a seguinte: “Compete ao exequente o direito de prosseguir na execução da sentença contra os adquirentes dos bens do condenado; mas para ser oposto a terceiros, conforme valer, e sem importar preferência, depende de inscrição e especialização”. O dispositivo da lei civil, que não foi repetido no Código Civil de 2002, vinha previsto nas disposições gerais do capítulo relativo à hipoteca e nitidamente regulava o direito de seqüela de que dispunha o vencedor numa demanda judicial quanto aos bens “do condenado”, sem distinguir o objeto da prestação sobre o qual recaíra a condenação.

Partindo dessa premissa, o doutrinador paranaense assentou que “como a finalidade instrumental das leis de processo não autoriza restrições à incidência das leis materiais, conclui-se que a melhor exegese da oração ‘condenar o réu no pagamento de uma prestação consistente em dinheiro’ é a que nela reputa incluída esta alternativa: ‘consistente em dinheiro’, ou ‘que em dinheiro possa converter-se’ (vindo então a nele consistir), o que abrange igualmente as obrigações de fazer ou não fazer”²⁴³. O Código de Processo Civil brasileiro, ao que parece, teria adotado essa redação mais restritiva, sem fazer menção às sentenças que impunham obrigações de fazer ou de não-fazer, apenas por influência da legislação processual portuguesa, que falava tão-somente na hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que impunha prestação consistente “em dinheiro ou em gêneros”²⁴⁴.

Mas o Código Civil de 1916, amplamente influenciado pelos ideais do liberalismo e do individualismo difundidos no início do século XX, partia da premissa de que toda e qualquer obrigação poderia ser convertida em pecúnia, tanto que em seu art. 1.534 dispunha que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação”. Naquele momento histórico, portanto, era justificável a interpretação mais ampliativa do âmbito de incidência da hipoteca judiciária.

Atualmente, porém, a premissa é a de que as obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa devem ser cumpridas *na forma específica*, somente se admitindo que sejam convertidas em dinheiro (perdas e danos) se o credor o requerer ou se for

243. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 175. Nesse mesmo sentido, CARVALHO SANTOS: “Pode ainda dizer respeito a qualquer outra obrigação, que se resolva em ressarcimento de perdas e danos, pouco importando que essa obrigação seja de dar, fazer ou não fazer, de vez que, mesmo as obrigações de não fazer podem se resolver em perdas e danos” (CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. X, p. 396).

244. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 174.

materialmente impossível o seu cumprimento na forma específica. A princípio, portanto, o credor tem o poder de exigir do devedor o cumprimento do próprio fazer ou do não-fazer, ou ainda a entrega da coisa. E a própria legislação processual, no intuito de garantir efetividade a essa mudança de paradigma, investiu o magistrado do poder geral de efetivação, por meio do qual ele pode lançar mão, no caso concreto, de medidas executivas hábeis à satisfação do direito de prestação reconhecido ao credor²⁴⁵.

Diante do momento histórico por que hoje passamos, parece que a interpretação do art. 466 do CPC deve ser mais restritiva: a hipoteca judiciária é efeito anexo da decisão que certifica um direito ao pagamento de *quantia*, e só. O seu propósito, como se viu, é exatamente o de promover uma constrição sobre bem pertencente ao devedor para que este bem, alienado em hasta pública, possa ser convertido em pecúnia, satisfazendo o direito do credor. Não faz sentido, pois, hipotecar um bem para garantir a satisfação de uma obrigação de fazer, não-fazer ou de entrega de coisa²⁴⁶, sobretudo porque o próprio juiz pode tomar providências – muitas vezes até mais eficazes – para efetivar tais direitos. Seria pouco razoável constranger o patrimônio imobiliário do condenado para uma futura e incerta conversão da obrigação de fazer/não-fazer em perdas e danos.

Se, no entanto, as obrigações de fazer, não-fazer e de dar coisa vierem a ser convertidas em pecúnia, seja por requerimento do credor, seja por impossibilidade material de seu cumprimento na forma específica (art. 461, § 1º, CPC), aí sim é que se poderá falar em hipoteca judiciária como efeito anexo da decisão que resolver o incidente de liquidação, que necessariamente vai ter que ser instaurado para apuração das perdas e danos. Em outras palavras, a decisão que impõe fazer, não-fazer ou dar coisa, a nosso ver, não gera a hipoteca judiciária. Entretanto, se a obrigação imposta for convertida em perdas e danos, a decisão que, encerrando incidente de liquidação, certificar o montante a ser pago (*quantum debeatur*) impõe obrigação de pagar *quantia*. Sendo assim, por determinação do art. 466 do CPC, ela produz a hipoteca judiciária.

Embora o art. 466 do CPC fale apenas na hipoteca como efeito da sentença que condena o *réu* ao pagamento de quantia, deve-se entender que a referência feita ao “*réu*” equivale a “vencido”. Assim, é admissível que o réu, sagrando-se vencedor na demanda, promova a constrição hipotecária dos bens do autor, vencido, para garantir o pagamento de eventual condenação à restituição de custas e ao pagamento de

245. Ver, por exemplo, o art. 461, § 5º, do CPC. Sobre esse assunto, falaremos em capítulo próprio no volume deste *Curso* dedicado ao estudo da execução civil.

246. Vale lembrar que não se admite que a hipoteca recaia sobre o próprio bem objeto da prestação, visto que é vedado ao credor ficar com o objeto da garantia (art. 1.428, CC).

honorários de sucumbência²⁴⁷. Aliás, como os honorários de sucumbência configuram direito autônomo do advogado, também é possível que ele promova a constrição dos bens do devedor, seja autor ou réu, para garantir futura execução que venha ajuizar.

Por se tratar, a hipoteca judiciária, de *efeito anexo* da sentença, é desnecessária (i) que a parte a tenha requerido, (ii) que haja expressa menção, no corpo da decisão, à hipoteca judiciária, (iii) que haja decisão propriamente dita, posterior à sentença, que a defira²⁴⁸. A partir da sentença ela já pode ser efetivada. O “fato gerador” da hipoteca judiciária não é o pedido da parte ou a decisão do juiz: é a existência fática da sentença que imponha obrigação de pagar quantia.

Assim, proferida e publicada a decisão, basta que a parte, demonstrando a existência de bens hipotecáveis, peça a expedição de mandado para registro da hipoteca junto à matrícula do imóvel, a fim de que a medida constritiva possa operar efeitos em relação a terceiros (art. 167, I, 2, Lei Federal n. 6.015/73). Não é necessário ouvir a outra parte, tampouco se exige que o requerente alegue e/ou prove qualquer prejuízo. O ato do juiz que determina a inscrição da hipoteca judiciária é mero despacho, não havendo nele qualquer cunho decisório. Por isso mesmo, tal ato não encontra óbice no art. 463 do CPC, uma vez que não representa qualquer alteração da matéria decidida.

A hipoteca judiciária pode ser efetivada ainda que a condenação contida na sentença seja ilíquida e careça de posterior liquidação (art. 466, par. ún., I, CPC). Deve ser efetivada também ainda que haja outros bens arrestados em garantia do mesmo crédito (art. 466, par. ún., II, CPC).

MARÇAL JUSTEN FILHO, EDUARDO TALAMINI e EGON BOCKMANN MOREIRA defendem a possibilidade de que a hipoteca judiciária seja efetivada independentemente da interposição de recurso contra a sentença e ainda que a esse recurso se tenha atribuído efeito suspensivo²⁴⁹. Sustentam esse ponto de vista com base no art. 466, p. único, III, cuja redação é a seguinte: “A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: (...) ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença”.

247. Cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 178.

248. Cf. importante artigo sobre o tema: JUSTEN FILHO, Marçal, TALAMINI, Eduardo, MOREIRA, Egon Bockmann. “Sobre a hipoteca judiciária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1997, n. 85, p. 122. No mesmo sentido, PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 136-137.

249. JUSTEN FILHO, Marçal, TALAMINI, Eduardo, MOREIRA, Egon Bockmann. “Sobre a hipoteca judiciária”. *Revista de Processo*, cit., p. 123. Nesse sentido: “Coisa julgada. Inocorrência. Inscrição de hipoteca judiciária. Deferimento – Ato que independe de pendência, ou não, de recurso, pois é resultante de um efeito imediato da sentença. Art. 466, parágrafo único, III, do CPC (TJSP – AI 134.607-I – I.ªC. – Rel. Des. Luís Macêdo – J. 22.05.1990 – RJTJSP 127/186)” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 138).

Concordamos com a conclusão – quanto à produção da hipoteca judiciária ainda que a decisão tenha sido impugnada por recurso *com* efeito suspensivo –, mas não com o fundamento. A redação do art. 466, par. ún., III, simplesmente alerta que, nos casos em que o recurso interposto *não* tem efeito suspensivo, *em vez de* promover a execução provisória do julgado, pode o credor registrar a hipoteca judiciária. A conjunção subordinativa “ainda quando” traz noção de concessão: *mesmo sendo possível* a execução provisória da sentença (porque impugnada por recurso *sem* efeito suspensivo), admite-se que o credor opte por tão-somente registrar a hipoteca judiciária. Portanto, a intenção do referido dispositivo é tão-somente de reconhecer *interesse de agir* ao credor que opta pela hipoteca judiciária em lugar da execução provisória²⁵⁰.

O efeito suspensivo atribuído ao recurso não impede a produção da hipoteca judiciária porque ele apenas suspende os efeitos *principais* da decisão recorrida, isto é, aqueles que decorrem do seu conteúdo. Não suspende os efeitos *anexos*, porque esses decorrem, como já se viu, da simples *existência* da decisão judicial²⁵¹.

Questão interessante é saber se a reforma da sentença faz cessar a hipoteca. Se for apenas parcial, a hipoteca prevalece. Se, porém, a reforma for total, a princípio, a hipoteca, que era efeito da sentença reformada, deixa de existir, porque a decisão do tribunal substitui a própria sentença (é o chamado efeito substitutivo, previsto no art. 512, CPC). Sucede que, se a decisão do tribunal for atacada por recurso *com* efeito suspensivo, ficará● sobrestados todos os seus efeitos, inclusive ● efeito substitutivo. Nesse caso, mantém-se, até ulterior deliberação do recurso, a hipoteca judiciária. Se o recurso, porém, não tiver efeito suspensivo, ocorre a substituição da sentença pela decisão do tribunal e, como se disse, desconstitui-se a hipoteca²⁵².

Por fim, alguns autores ainda sustentam que a hipoteca judiciária gera apenas direito de sequência, sem importar direito de preferência²⁵³. Dizem-no porque essa era a redação do art. 824 do Código Civil de 1916. Sucede que, como se viu, esse dispositivo não foi repetido no Código Civil de 2002. Dessa forma, não parece ser correto, atualmente, dizer que a hipoteca judiciária, somente por ser efeito anexo de uma decisão judicial, não geraria para o credor um direito de preferência. Deve-se aplicar aqui, à falta de norma que trate especificamente do assunto, o art. 1.422 do CC, que determina que “o credor hipotecário e o pignoratício têm

250. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 457; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 184.

251. O direito de inscrever a hipoteca judiciária surge a partir do momento da publicação da sentença”. (CA-LAMANDREI, Piero. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappellani*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, p. 272, tradução livre).

252. Nesse sentido, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 186.

253. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 455-456. Também nesse sentido, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*, 11 ed., v. 1, cit., p. 229.

o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro”, ressalvada, naturalmente, a preferência instituída por leis específicas a outros créditos (art. 1.422, par. ún., CC).

11.4. Eficácia probatória

Já foi visto que a decisão judicial possui uma eficácia como *ato* decisório (principal ou reflexa) e como *ato-fato* (eficácia anexa). Fala-se, também, em uma eficácia da sentença como *meio de prova*.

De fato, a sentença é um *documento público*. Nesta acepção, serve como meio de prova da própria existência (prova do próprio ato decisório), bem como dos fatos processuais por ele presenciados e na sentença enunciados como premissas da sua conclusão²⁵⁴. Prova, por exemplo, a colheita de um determinado testemunho, a realização de uma audiência etc. Trata-se de efeito relevante, notadamente se houver necessidade de *restaurar os autos* do processo (arts. 1.063-1.069, CPC), eventualmente extraviados. Por vezes, a prova da *existência* de uma *sentença* é relevante para uma determinada relação jurídica, sendo, por exemplo, uma condição a que se subordinou certo negócio jurídico²⁵⁵.

Aplica-se, aqui, o art. 364 do CPC: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

A decisão também serve de prova do juízo que o órgão jurisdicional fez dos fatos da causa (*thema probandum*): prova que as alegações de fato foram valoradas no sentido em que aparecem na decisão. Ou seja: a sentença prova o juízo de fato do magistrado, visto nesta perspectiva como um “fato processual”²⁵⁶.

A decisão judicial, porém, não serve como prova dos fatos examinados pelo órgão jurisdicional. A sentença prova que o órgão jurisdicional *examinou* as alegações de fato em um determinado sentido; não prova, porém, que os fatos

254. CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”. *Opere giuridiche. Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5, p. 563; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 80.

255. Ao cuidar da eficácia probatória da sentença estrangeira não homologada, Barbosa Moreira afirma que “é concebível que se torne necessário, em processo instaurado perante a Justiça brasileira, provar o *próprio fato* da prolação de uma sentença, pela Justiça de outro Estado, sobre determinada matéria, v.g. se esse evento foi previsto como condição suspensiva ou resolutiva em certo ato jurídico, e o juiz nacional tem de verificar se ocorreu o implemento da condição”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 79.)

256. CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile como mezzo di prova”, cit., p. 563.

realmente aconteceram como dito pelo magistrado²⁵⁷. Não se pode utilizar uma decisão judicial, em outro processo, para a prova dos fatos enunciados pelo magistrado como premissa de sua decisão; pode ser utilizada, porém, para provar que aquele magistrado compreendeu a verdade histórica de uma determinada maneira e, neste sentido, ser compreendida como um *indício* – prova indireta da ocorrência do fato –, que levaria a uma presunção judicial da ocorrência do fato enunciado na sentença anterior²⁵⁸.

Importante aplicação prática dessa lição ocorre com a sentença de interdição, que não serve como *prova legal* do fato “alienação mental”, que, nela reconhecido, autorizou a perda da capacidade de exercício do interditando. A sentença de interdição poderá ser utilizada como *indício* na ação em que se pretenda anular ato jurídico firmado pelo interditado em período anterior ao da interdição²⁵⁹.

12. DECISÃO DETERMINATIVA

A denominação “sentença determinativa” é utilizada na doutrina brasileira em diversos sentidos²⁶⁰:

a) para designar a decisão que regula uma relação jurídica continuativa, como a que fixa ou revisa alimentos, que necessariamente encerra a cláusula *rebus sic stantibus*, não se sujeitando, segundo pensam alguns, a se tornar imutável pela coisa julgada material (art. 471, I, CPC);²⁶¹

b) para designar a decisão em que o magistrado interfere no conteúdo de uma relação jurídica negocial na qual se estabeleceram prestações desproporcionais ou que assim se tornaram em virtude de fato superveniente e imprevisível; diz-se que

257. “(...) tale efficacia probatoria deve essere in generale negata alla sentenza civile: (...) ad essa non possa mai riconoscersi il carattere di una prova *legale* dei fatti enunciati nelle sue premesse...” (CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile come mezzo di prova”, cit., p. 577.) Em outro trecho de seu ensaio, o autor italiano afirma: “la sentenza ...documenta l'esistenza dei giudizi di fatto, ma non l'esistenza dei fatti a cui questi giudizi se riferiscono!” (ob. cit., p. 573)

258. “A eficácia probatória da sentença basear-se-ia no conhecido esquema lógico do raciocínio presuntivo: do fato conhecido, consistente na existência de uma sentença que, em sua motivação, afirma verdadeiros certos fatos, o juiz de um outro processo estaria autorizado a reputá-los verídicos em realidade (fato ignorado), em obséquio à máxima da experiência segundo a qual é provável que os juízos de fato contidos em uma sentença transitada em julgado correspondam à verdade” (CALAMANDREI, Piero. “La sentenza civile come mezzo di prova”, cit., p. 573, tradução livre.)

259. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença de interdição por alienação mental”. *Temas de Direito Processual*. 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 188-189.

260. Sistematização feita por LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. “A sentença determinativa re-conhecida”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 150.

261. Conforme será visto no capítulo próprio, relativo à coisa julgada, entendemos que esse tipo de decisão se sujeita, sim, a se tornar imutável pela coisa julgada material.

ai o juiz simplesmente integra o contrato, criando novas circunstâncias contratuais, como ocorre na ação revisional fundada em onerosidade excessiva²⁶²;

c) para designar a decisão que vem integrar a norma jurídica abstrata nos casos em que o texto normativo não define completamente seus elementos – como os casos de enunciados que contêm conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais –, ou quando a lei não define precisamente as suas consequências – como a que autoriza o julgamento com base em equidade²⁶³.

A distinção entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado é bem sutil; ambos pertencem ao gênero *conceito vago*. No conceito jurídico indeterminado, o legislador não confere ao juiz competência para criar o efeito jurídico do fato cuja hipótese de incidência é composta por termos indeterminados; na cláusula geral, além da hipótese de incidência ser composta por termos indeterminados, é conferida ao magistrado a tarefa de criar o efeito jurídico decorrente da verificação da ocorrência daquela hipótese normativa. É como explica RODRIGO MAZZEI: “Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde uma abstração (*indeterminação proposital*) no conteúdo na norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal²⁶⁴”.

Não há discricionariedade judicial nos casos em que o enunciado normativo é composto por *conceitos indeterminados*, mas a consequência jurídica é predeterminada pelo legislador; nessa hipótese, preenchidos os pressupostos normativos, ao magistrado não se conferem opções. Se se trata de aplicação de uma cláusula geral, é possível falar em *discricionariedade judicial*, pois o legislador deixa ao magistrado a tarefa de definir qual a consequência da incidência da norma no caso concreto.

262. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 725.

263. GONÇALVES, Graziela Marisa. “As sentenças determinativas e o juiz”. *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. Rosa Nery (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 94; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 215.

264. “O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 34. “Diante de uma cláusula geral o magistrado faz mais do que simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou valores sociais contemporâneos. Cabe-lhe ‘concorrer ativamente para a formulação da norma’, inclusive para fins de estabelecimento das consequências jurídicas da sua violação, ou, em outras palavras, dizer qual será a sanção mais adequada, quando menos a sua extensão, ao caso concreto”. (CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. “O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95).

ALESSANDRO RASELLI, em conhecido estudo, afirma que a noção de sentença determinativa compreende todas as situações em que o juiz exercita um poder discricionário. A avaliação feita pelo juiz neste tipo de sentença diferencia-se daquela feita para aplicar ao caso concreto uma norma completa em todos os seus elementos (determinação da *fattispecie*).²⁶⁵ Segundo RASELLI, o juiz pode exercitar um poder discricionário apenas quando está diante de um texto legal que não determina completamente a disciplina do caso concreto, cujo conteúdo deve ser completado pelo magistrado, estabelecendo, caso a caso, qual é a solução mais oportuna para harmonizar os interesses em conflito. Assim, mesmo quando exercita um poder discricionário, o juiz sempre aplica uma norma legal, que lhe confere o poder e determina os seus limites, os casos e as formas de exercício.²⁶⁶

Parece ser essa a aceção mais adequada.

PAULO CEZAR ARAGÃO complementa afirmando que as decisões determinativas representam “a manifestação, cada vez mais rara, de uma atividade jurisdicional que senão limita, no conceito clássico, a formular a vontade da lei aplicável ao caso específico, como habitualmente sucede, mas chega a estabelecer o próprio conteúdo de uma regra jurídica que não define completamente a *fattispecie* sobre a qual incide nem as consequências dessa incidência, mediante prévia autorização de uma norma instrumental, bem entendido, mas com a liberdade necessária para adaptar o comando judicial às particularidades da hipótese decidida”.²⁶⁷

A importância do estudo desse tipo de decisão vem-se mostrando cada vez mais acentuada em função da opção do legislador moderno em lançar mão de *cláusulas gerais*²⁶⁸ nos textos normativos mais recentes – como ocorre, por exemplo, com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 –, o que confere ainda mais poder (e responsabilidade) para que o julgador, preenchendo o conteúdo da norma à luz da situação concreta, decida com a almejada justiça²⁶⁹. Em razão do poder discricionário que se concede ao juiz, ressalta-se ainda mais

265. RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 371. Nesta linha, também, MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, s/a, v. 3, p. 536-537.

266. RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, cit., p. 375.

267. ARAGÃO, Paulo Cezar. “Reflexões sobre as sentenças determinativas”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1976, abril-junho, n. 2, p. 159-160.

268. Por exemplo, os arts. 421 e 422 do Código Civil, que cuidam, respectivamente, da função social dos contratos e da cláusula geral de boa-fé.

269. “A existência de dispositivos legais que permitem ao julgador atentar-se às particularidades do caso concreto e decidir conforme a justiça e a equidade vai ao encontro da evolução da sociedade. Como a complexidade das relações sociais, é impossível ao legislador prever todas as situações para enquadrá-las no direito positivo, bem como delimitar suas consequências” (GONÇALVES, Graziela Marisa. “As sentenças determinativas e o juiz”, cit., p. 100).

a importância da justificação do seu convencimento, o que o obriga a ter cuidado redobrado com a fundamentação das decisões determinativas.

Deve-se advertir, no entanto, que decisão determinativa não é *mais um tipo* de decisão judicial, além das já indicadas decisões que impõem prestação, constitutivas e declaratórias. Nada têm de peculiar quanto ao conteúdo do preceito que estabelecem²⁷⁰. São determinativas pelo *fundamento* em que se baseiam: a integração de norma jurídica que não define completamente a disciplina do caso concreto, exigindo uma atividade criadora e discricionária do juiz.

São bons exemplos as sentenças em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC) e a sentença que desempata litígio societário, no caso do § 2º do art. 1.010 do Código Civil²⁷¹.

13. PUBLICAÇÃO, RETRATAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA DECISÃO

O art. 463 do CPC estabelece que a publicação da decisão impede a alteração do seu conteúdo pelo magistrado que a proferiu. Como já se viu, a Lei Federal n. 11.232/2005 retirou daí a referência ao encerramento do ofício jurisdicional, porque a publicação da decisão nem sempre implica, como antes se podia entender da leitura do referido dispositivo, o encerramento das atividades do magistrado – nas decisões que impõem prestação, por exemplo, se a prestação imposta não for voluntariamente cumprida pelo demandado, caberá ao credor promover as medidas executivas do julgado, instaurando nova fase procedimental, o que exige continuidade da atividade jurisdicional, a fim de que se alcance a efetivação do direito certificado.

Se a decisão foi proferida em audiência ou em sessão do órgão colegiado (no caso do acórdão), considerar-se-á publicada na própria audiência ou sessão (com a proclamação do resultado pelo presidente do órgão colegiado, na forma do art. 556 do CPC). Se foi proferida em gabinete, considerar-se-á publicada assim que for juntada aos autos pelo escrivão ou pelo chefe de secretaria. Não se pode confundir a *publicação* a que se refere o *caput* do art. 463 do CPC com a sua intimação por meio de publicação na imprensa oficial. Publicar a sentença, conforme o art. 463 do CPC, é torná-la pública, o que ocorre quando ela é proferida em audiência/sessão ou quando é juntada aos autos. O prazo de recurso, porém,

270. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3 ed., v. 3, cit., p. 215.

271. Art. 1.010 do Código Civil: “Quando, por lei ou pelo contrato social, competir aos sócios decidir sobre os negócios da sociedade, as deliberações serão tomadas por maioria de votos, contados segundo o valor das quotas de cada um. § 1º Para formação da maioria absoluta são necessários votos correspondentes a mais de metade do capital. § 2º Prevalece a decisão sufragada por maior número de sócios no caso de empate, e, se este persistir, decidirá o juiz”.

somente começará a fluir a partir do momento em que as partes dela forem intimadas, o que pode ocorrer por meio de publicação na imprensa oficial. Desde o momento em que a decisão foi publicada, isto é, foi tornada pública, já não mais é possível ao juiz alterá-la.

Situações há, porém, em que se admite a alteração da sentença, mesmo após ela ter-se tornado pública. Eis alguns exemplos: (a) quando o magistrado constata a existência de erro material (art. 463, I, CPC); (b) quando acolhe embargos de declaração (art. 463, II, CPC); ou (c) quando se retrata em face de recurso interposto contra o indeferimento da petição inicial (arts. 296 e 285-A, § 1º, ambos do CPC).

As situações contidas na letra “c” já foram tratadas no capítulo relativo à petição inicial, no v. I deste Curso. A situação prevista em “b” decorre do fato de que os embargos de declaração são um recurso dirigido ao próprio juiz prolator da decisão impugnada e que tem por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão constatadas no pronunciamento. O seu acolhimento, portanto, enseja, necessariamente, alteração ou integração (no caso da omissão) do julgado²⁷².

Quanto à situação “a”, consideram-se *erros materiais* aqueles equívocos manifestos observados na forma de expressão do julgamento – jamais, no seu conteúdo. Dentre eles, têm-se os enganos nos cálculos ou na datilografia (digitação) da decisão. O art. 1.028 do CPC²⁷³ e o art. 1º-E da Lei Federal n. 9.494/97 (inserido pela MP n. 2.180-35/2001)²⁷⁴ contêm disposição de mesma natureza.

“Já no direito romano vigorava a diretriz de que o erro de cálculo pode ser corrigido *extra ordinem*, sem a necessidade um novo processo e a todo tempo. Também as Ordenações lusitanas consagravam regra igual – de resto, igualmente afirmado em textos legais do direito ibérico anterior. Hoje, a possibilidade de correção do erro material a todo tempo está expressamente prevista nos ordenamentos de diversos países (ZPO alemã, § 319; Código de Processo Civil português, art. 667; Código de Processo Civil italiano, art. 287; *Noiveau Code* francês, art. 462; *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, art. 214). E mesmo em ordens judiciais cujo direito positivo não explicita essa previsão, há o reconhecimento de sua aplicabilidade.

272. Ver o capítulo relativo aos embargos de declaração, no v. 3 deste Curso.

273. Art. 1.028 do CPC: “A partilha, ainda depois de passar em julgado a sentença (art. 1.026), pode ser emendada nos mesmos autos do inventário, convido todas as partes, quando tenha havido erro de fato na descrição dos bens; o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, a qualquer tempo, corrigir-lhe as inexatidões materiais”.

274. Art. 1º-E da Lei Federal n. 9.494/1997: “São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor”.

(...) E não poderia ser de outro modo: nada mais é do que expressão do princípio geral da razoabilidade”.²⁷⁵

A princípio, parece que o dispositivo em comento visa superar mera preclusão consumativa – permitindo modificação da decisão judicial, mesmo depois de sua publicação. Mas a sua dicção permite uma interpretação mais abrangente, para concluir-se que o enunciado normativo visa superar, até mesmo, a coisa julgada material. Autoriza a correção da decisão judicial inquinada por lapsos materiais, mesmo depois de acobertada pela coisa julgada material²⁷⁶.

Segundo TALAMINI: “Reconhece-se amplamente a possibilidade de o erro material ser corrigido de ofício pelo próprio tribunal, na fase recursal; no processo de liquidação ou de execução, pelo órgão que conduz tal processo, mesmo que a sentença não tenha sido proferida por ele; ou mesmo em outro momento. (...) Por exemplo, ao tempo da ‘liquidação por cálculo do contador’, considerava-se haver erro material no ato do juiz que homologava conta manifestamente incorreta”. O autor cita, ainda, casos em que a simples interpretação razoável da decisão, desconsiderando-se o erro material, basta²⁷⁷ – ex.: se o juiz, a despeito de ter reconhecido ausência de pressuposto processual de validade insanável, conclui com extinção do processo com exame do mérito, basta que o tribunal interprete que quis ele dizer que extinguiu o processo sem exame do mérito.

14. INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é um exemplo de enunciado normativo. De sua interpretação podem ser extraídas normas jurídicas.

No mínimo, extrai-se da decisão uma norma jurídica individualizada, normalmente aferível da parte dispositiva da decisão, que regula o caso submetido à apreciação jurisdicional²⁷⁸. Da sua fundamentação extrai-se a norma jurídica geral, construída à luz do caso concreto, que tem aptidão para servir de modelo para a solução de casos semelhantes àquele.

É conveniente lembrar o que se disse no v. 1 deste *Curso*: não se pode confundir texto e norma jurídica. Como ensina RICCARDO GUASTINI, a norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a

275. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 531.

276. Trata-se de entendimento esposado maciçamente pela doutrina. Por exemplo: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 2, p. 436; TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, cit., p. 525.

277. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, cit., p. 526.

278. No mínimo, pois, como visto, o dispositivo da decisão pode ter conteúdo complexo, com vários capítulos. Assim, dele seria possível extrair diversas normas jurídicas individualizadas, tantas quantas se ja o número de capítulos.

atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.”²⁷⁹ O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.²⁸⁰ Seguindo essa linha, HUMBERTO ÁVILA também afirma: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”²⁸¹

Interpretar é, nas palavras de KARL LARENZ, “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.²⁸² O significado do texto das normas jurídicas é sempre problemático, notadamente considerando que a linguagem jurídica não se vale de conceitos rigorosamente fixados, “mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias”.²⁸³ Em verdade, não há termo ou conceito carente de problematicidade, pois “mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma limitação rigorosa”²⁸⁴. Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é *significante*, e não *significado*. A linguagem é o caminho percorrido entre *significante* e *significado*.

A decisão há de ser interpretada, portanto: quer para definir-se qual é a regra jurídica que regulará o caso, quer para dela extrair-se a norma jurídica geral que funcionará como precedente.

A interpretação da decisão é terna importantíssimo. A definição dos limites da coisa julgada dependerá, necessariamente, da interpretação da decisão. Não é por acaso que se costuma, em execução de sentença, alegar ofensa à coisa julgada, baseando-se exatamente em questões relacionadas à interpretação da sentença.

O tema merece atenção e destaque que não costuma ter²⁸⁵. Não é o caso de revisar toda a teoria da interpretação jurídica, o que seria impossível, em razão do espaço, e inapropriado, em um curso de direito processual civil. O objetivo deste item é apresentar as noções iniciais para a interpretação de uma decisão judicial.

É possível traçar um esboço para uma teoria da interpretação da decisão judicial. Seguem as premissas de que se deve partir para tanto.

279. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

280. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.

281. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

282. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

283. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

284. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

285. Como corretamente percebeu MALLETT, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, 2008, v. 74, n. 1, p. 20.

a) Dispositivo e fundamentação devem ser interpretados conjuntamente. A compreensão do dispositivo depende do exame da fundamentação, que também somente será devidamente interpretada a partir do que foi enunciado no dispositivo. A decisão há de ser interpretada, enfim, como um todo. Trata-se de aplicar a técnica da interpretação sistemática²⁸⁶ à compreensão da decisão judicial.

b) As postulações de ambas as partes são dados que sempre devem ser levados em consideração para a interpretação da decisão. A definição precisa da norma jurídica extraída da sentença não prescinde do exame do que foi postulado pelas partes, limite que é do exercício da função jurisdicional, como define a regra da congruência objetiva, já examinada (arts. 128 e 460, CPC).

O comportamento das partes também passa a ser um dado relevante para a compreensão do que foi demandado e, por consequência, do que foi decidido²⁸⁷. As manifestações da parte ao longo de todo o processo, assim como comportamentos adotados fora do processo, não podem ser ignorados na interpretação da decisão.

Imagine que a parte se tenha manifestado, durante o processo, sempre em uma direção, sobretudo em relação à interpretação do seu pedido. Esse comportamento torna-se um elemento imprescindível na interpretação da decisão.

Pense, ainda, na hipótese de a parte, ao formalizar negócios jurídicos extraprocessuais, ter adotado um sentido às postulações que fez em juízo. Por exemplo, em um negócio, a parte refere-se expressamente ao conteúdo de um processo judicial em curso. Esse comportamento passa a ser também relevantíssimo para a interpretação da sua postulação e, obviamente, da decisão a respeito dela²⁸⁸.

A identificação da *ratio decidendi* – elemento normativo do precedente judicial, conforme se verá no capítulo dedicado ao assunto, neste volume do *Curso* – depende, também, necessariamente do exame do caso de que se originou: exame do problema e dos contextos fático e jurídico submetidos ao órgão jurisdicional. Esse é, fundamentalmente, o propósito do *distinguishing* (método de comparação entre o precedente e o caso concreto), que será examinado no capítulo sobre precedente judicial.

286. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 30.

287. Em sentido diverso, entendendo que o comportamento das partes tem “pouco significado na interpretação da decisão”, MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 34-35.

288. Sobre esse ponto, DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. “Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 211, p. 349-377.

O Superior Tribunal de Justiça se tem utilizado destes dois critérios para interpretar a decisão judicial. A propósito: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi proferida sentença *ultra* ou *extra petita*, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial”. (STJ, REsp n. 818.614/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ de 20.11.2006).

c) Aplicam-se à interpretação da decisão judicial as normas de interpretação dos atos jurídicos; ou seja, as normas que disciplinam a interpretação das declarações de vontade.

O art. 112 do Código Civil, por exemplo, enuncia que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Trata-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação da decisão judicial.

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida²⁸⁹ – uma interpretação que contrarie frontalmente o texto dificilmente será considerada como legítima –, ela não é a única técnica possível de interpretação. A interpretação teleológica também é importante. E é disso que trata o art. 112 do Código Civil.

Vejamos um exemplo. Imagine-se uma decisão em que, na fundamentação, há expressa manifestação sobre a tese jurídica a ser aplicada e o âmbito de incidência da norma jurídica individualizada. O julgador diz que acolhe apenas um dos pedidos formulados. No dispositivo, porém, afirma que julga procedente a ação, “nos termos do pedido formulado pelo demandante”. Surge a dúvida: o juiz acolheu todos os pedidos (como leva a crer o dispositivo) ou apenas um deles (como aponta a fundamentação)? No caso, a interpretação correta é a que extrai deste texto aquilo que parece ser a vontade do órgão julgador, revelada no enunciado mais completo e analítico da fundamentação: acolheu-se apenas um dos pedidos formulados, e não todos eles.

O art. 113 do Código Civil enuncia, ainda, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A aplicação do dispositivo à interpretação da decisão judicial é clara, até mesmo como reforço à incidência do princípio da boa-fé processual.

Os signos (palavras, números e outros símbolos) utilizados pelo órgão julgador na decisão devem ser interpretados de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar de sua celebração. Se uma determinada palavra vinha sendo utilizada, ao longo

289. MALLET, Estêvão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 29.

de todo o processo, em uma determinada acepção, a interpretação da decisão em que esta palavra aparece não pode, por exemplo, dar a ela um sentido diverso. Se, em outro exemplo, em determinada comunidade, uma expressão consagrou-se, pelo uso, em um sentido, não se pode, ao interpretá-la posteriormente, dar a ela um sentido incompatível com aquele que a ela sempre se atribuiu.

Embora sem fundamentar-se no princípio da boa-fé, foi assim que a 4ª T. do STJ encaminhou-se no julgamento do AgRg no AREsp n. 94.186/PR, rel. Maria Isabel Gallotti, em 07.08.2012, acórdão publicado no DJe de 14.08.2012: “Não há que se falar em ofensa à coisa julgada quando o julgador, diante da imprecisão do comando sentencial, confere nova interpretação da sentença exequenda, de forma a viabilizar a condenação imposta”.

No mesmo sentido é a lição de Estevão Mallet: “entre duas interpretações possíveis da decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais cânones hermenêuticos, prefere-se aquela de que decorre alguma eficácia, em detrimento da que a priva de eficácia”²⁹⁰.

d) Os embargos de declaração podem funcionar como um instrumento para orientar a interpretação, já que eles se propõem a esclarecer os termos da decisão (art. 535, CPC)²⁹¹.

e) Não é apenas o prolator da decisão que pode interpretá-la: o juízo da liquidação ou da execução – que nem sempre será o juízo da sentença – e o juízo que está diante do precedente judicial, por exemplo, também deverão interpretá-la.

290. MALLET, Estevão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 40.

291. MALLET, Estevão. “Breves notas sobre a interpretação das decisões judiciais”, cit., p. 23.

CAPÍTULO XI

PRECEDENTE JUDICIAL

Sumário • 1. Noções fundamentais: 1.1. Decisão, precedente e *ratio decidendi* (ou *holding*); 1.2. *Obiter dictum* (ou *dictum*); 1.3. Identificação da *ratio decidendi*; 1.4. Espécies de decisão e precedente: 1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente; 1.4.2. Decisão que homologa autocomposição e precedente – 2. A importância do estudo do precedente judicial – 3. A jurisprudência como fonte do Direito – 4. Precedentes declarativos e precedentes criativos – 5. Eficácia jurídica do precedente: 5.1. Precedente como *ato-fato jurídico*; 5.2. Efeitos dos precedentes: 5.3. Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção – 6. A dinâmica do precedente: 6.1. Introdução; 6.2. Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado; 6.3. Técnicas de confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinguishing*; 6.4. Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding* – 7. A “súmula vinculante” – 8. Alteração do precedente e eficácia retroativa.

1. NOÇÕES FUNDAMENTAIS

1.1. Decisão, precedente e *ratio decidendi* (ou *holding*).

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

De acordo com CRUZ E TUCCI, “todo precedente é composto de duas partes distintas: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.¹ Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do *precedente*, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente.

A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding*² – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratio decidendi* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”³. Ela é composta: (*i*) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement*

1. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 12.

2. São expressões sinônimas, sendo que a primeira (*ratio decidendi*) é mais utilizada entre os ingleses; a segunda (*holding*), entre os norte-americanos (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 182).

3. TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 175.

of material facts), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*).⁴

É importante assentar o seguinte: ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para a análise.

Um exemplo pode vir a calhar: o art. 1.102-A do CPC permite o ajuizamento de ação monitória a quem disponha de “prova escrita” que não tenha eficácia de título executivo. “Prova escrita” é termo vago. O STJ decidiu que “cheque prescrito” (n. 299 da súmula do STJ) e “contrato de abertura de conta-corrente acompanhado de extrato bancário” (n. 247 da súmula do STJ) são exemplos de prova escrita. A partir de casos concretos, criou “duas normas gerais” à luz do Direito positivo, que podem ser aplicadas em diversas outras situações, tanto que se transformaram em enunciado da súmula daquele Tribunal Superior. Note que a formulação desses enunciados sumulados não possui qualquer conceito vago, não dando margem a muitas dúvidas quanto à sua incidência.

Como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso – por exemplo, “cheque prescrito” se enquadra no conceito de “prova escrita” de que fala o art. 1.102-A do CPC. Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado⁵, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originariamente construída – por exemplo, com base nela é possível admitir, em qualquer outra situação concreta, a ação monitória para cobrança de cheque prescrito. Eis aí a essência do *precedente*: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes.

4. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 175.

5. “A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 221)

Afora essa norma jurídica geral, que é delimitada na fundamentação do julgado, o magistrado constrói outra norma, desta feita individual, que é lançada no dispositivo da decisão e tem por objetivo tão-somente reger a situação em exame naquele processo. Trata-se, como cediço, da conclusão a que chega acerca da procedência ou improcedência da demanda (ou das demandas) formulada no processo. É esta norma jurídica, e somente ela, que tem aptidão para ficar acobertada pela coisa julgada material⁶.

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, sobre o qual se falará mais adiante, e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações.

Em segundo lugar, é fundamental também para que se perceba que a ausência da norma jurídica individual e concreta, que conclua o procedimento e resolva a questão principal discutida no processo, é causa de *inexistência* da decisão judicial, mas a ausência da norma jurídica geral e abstrata que deve ser estabelecida na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*) é causa tão-só de nulidade da decisão – que, a rigor, *existe*, porque há deliberação acerca da questão principal discutida, mas é viciada, por não conter a exposição dos fundamentos com base em que essa solução foi construída. Assim, decisão sem fundamentação, justamente por não conter a exposição da *ratio decidendi*, não é capaz de ser invocada como precedente. A sentença contém dois atos jurídicos distintos: a fundamentação, na qual se expõe a *ratio decidendi*, e o dispositivo, no qual se determina a norma individualizada. A falta de fundamentação implica inexistência da *ratio decidendi* e invalidade do dispositivo, outro ato jurídico, cuja validade depende da existência do primeiro.

Em terceiro lugar, é imprescindível para perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a *dois discursos*: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele⁷.

A decisão judicial é o ato jurídico de onde se extrai a solução do caso concreto, encontrável no dispositivo, e o precedente, comumente retirado da fundamentação. A decisão é, pois, o conjunto e continente, com no mínimo esse duplo conteúdo.

-
6. “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. *Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora*”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. José Lamego (trad.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 611, grifo acrescentado).
 7. MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 61-69.

1.2. *Obiter dictum* (ou *dictum*)

O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos jurídicos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos normativos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”⁸). Trata-se de colocação ou opinião jurídica adicional, paralela e dispensável para a fundamentação e conclusão da decisão. É mencionada pelo juiz “incidentalmente” ou “a propósito” (“by the way”)⁹, mas pode representar um suporte ainda que não essencial e prescindível para a construção da motivação e do raciocínio ali exposto.

Normalmente é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*¹⁰. É apenas algo que se fez constar “de passagem”, não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão.

Alguns bons exemplos podem ser dados.

“O exemplo mais visível de utilização de um *dictum* é quando o tribunal de forma gratuita sugere como resolveria uma questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas que no momento não está resolvendo”.¹¹

Frederick Schauer traz ainda uma situação interessante. Lembra o autor que, no conhecido caso *Marbury v. Madison*, o *Chief Justice John Marshall* considerou

8. LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169.

9. “Traditionally, everything other than the statements of the facts and the statement of the holding is an *obiter dictum*—literally, in Latin, something said in passing, or something said by the way. It is something extra, and something that is not strictly necessary to reach, justify, or explain the outcome of the case. Commonly, shortened to ‘dicta’, these unnecessary statements are often a court’s observations about issues not actually before it, or conclusions about matters unnecessary to the outcome the court actually reached, or wide-ranging explanations of an entire body of law, or simply largely irrelevant asides” (Tradução livre: “Tradicionalmente, tudo que não consistir em declarações de fatos e na declaração da *holding* é um *obiter dictum*—literalmente, em latim, algo dito de passagem, ou algo dito incidentalmente. É algo a mais, algo que não é estritamente necessário para atingir, justificar ou explicar o desfecho do caso. Comumente, abreviadas em “dicta”, estas declarações são muitas vezes observações dispensáveis de um tribunal sobre questões não verdadeiramente anteriores a ele, ou conclusões sobre questões desnecessárias para o desfecho que o tribunal realmente alcançou, ou amplas explicações de um corpo inteiro de direito, ou apartes simplesmente irrelevantes”) (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 55-56).

10. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à simula vinculante*, ob. cit., p. 51. Também assim, SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 184.

11. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 185.

que o *Judiciary Act* de 1789 era inconstitucional, mas também seguiu dizendo que a Suprema Corte tinha o poder de exercer a jurisdição sobre o presidente dos Estados Unidos, conclusão acessória e totalmente desnecessária que enfureceu o Presidente Thomas Jefferson¹².

Também se enquadram como *obiter dicta* aquelas manifestações sobre questão que não é objeto da causa, que é hipoteticamente ali considerada ou, ainda, é irrelevante¹³, bem como a menção a referenciais normativos impertinentes e inaplicáveis à espécie¹⁴ e, até mesmo, o quanto constante no voto vencido da decisão colegiada¹⁵.

Dessa forma, o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obiter dictum*, como dito) tem a sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente¹⁶.

O *obiter dictum* pode ser erigido à condição de *ratio*, bem como a *ratio* pode ser rebaixada à condição de *obiter dictum*.

-
12. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, cit., p. 56.
 13. “Assim, o conceito de *obiter dicta* pode incluir observações sobre um ponto levantado, mas não decidido no caso, ou observações baseadas em fatos hipotéticos, comentários sobre um ponto não suscitado no presente caso, ou declarações gerais sobre a legislação ou a prática, particularmente aquelas feitas em recurso” (tradução livre) (“Thus the concept of *obiter dicta* may include remarks on a point raised but not decided in the case, or remarks based on hypothetical facts, remarks on a point not raised in the instant case, or general statements about law or practice, particularly those made on appeal”) Cf. MARSHALL, Geoffrey. “What is a binding precedent”. In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 515.
 14. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*. Curitiba: Editora Juruá, 2012, p. 112.
 15. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125e 235.
 16. Na tradição do *common law*, já se diz que, se não tem a força vinculante habitualmente conferida à *ratio decidendi*, o *dictum* é dotado de força persuasiva, de convencimento, cuja intensidade dependerá da autoridade e prestígio daquele tribunal que o enunciou, da precisão com que investigou e apreciou o caso – e de outras peculiaridades que variam em cada caso (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4 ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430). Geoffrey Marshall destaca não só isso ao asseverar que: “Dependendo da autoridade do tribunal, um *obiter dictum* muitas vezes pode ser tratado como impositivo em casos subsequentes tanto por instâncias inferiores como por comentaristas, especialmente se um tribunal superior dedicou tempo e atenção a ele (...) ou se se trata de uma matéria (ou questão) de generalidade” (tradução livre) (“Depending upon the authority of the court, a dictum may often be treated as authoritative in subsequent cases both by lower courts and by commentators, particularly if a higher court has devoted time or attention to it (...) or if it relates to a matter of generality”) (MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent, cit., p. 515).

De um lado, a identificação de *obiter dictum* no julgamento de casos prévios pode se tornar *ratio* no julgamento futuro de um *hard case*, contribuindo muito para sua solução – bem como de outros casos que a ele se assemelhem¹⁷.

De outro lado, há casos, na prática forense, em que o *obiter dictum* é indevida e arbitrariamente invocado como precedente, como se *ratio decidendi* fosse¹⁸. Daí Geoffrey Marshall visualizar a possibilidade de aquilo que foi equivocadamente estabelecido como *ratio decidendi* ser rebaixado à condição de *obiter dictum* por decisões posteriores. Seria: “outra forma de *obiter dictum*, que é na verdade uma suposta *ratio decidendi* rebaixada de categoria pelo raciocínio judicial posterior. Pode considerar-se que um princípio aparentemente estabelecido como a razão para uma determinada decisão foi afirmado muito largamente ou de alguma outra forma inapropriada” (tradução livre)¹⁹.

1.3. Identificação da *ratio decidendi* (ou *holding*)

Quando se estuda a força vinculativa dos *precedentes judiciais* (ex.: decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou especiais repetitivos), é preciso investigar a *ratio decidendi* dos julgados anteriores, encontrável em sua fundamentação.

Assim, as razões de decidir do precedente é que operam a vinculação: extrai-se da *ratio decidendi*, por *indução*, uma regra geral que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. Da solução de um caso concreto (particular) extrai-se uma regra de direito que pode ser generalizada. Configura exatamente o que Luiz Guilherme Marinoni chama de *norma jurídica* criada pelo magistrado, à luz do caso concreto, a partir da conformação da hipótese legal de incidência às normas constitucionais²⁰. Só se pode considerar como *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de ser feita para um caso concreto, tenha aptidão para ser universalizada²¹.

17. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 315-316. Cf. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 14 e 15.

18. O quanto constatado por Taruffo na jurisprudência (TARUFFO, Michelle. “Precedente e jurisprudência”, *Revista Forense*, v. 415, ano 18, 2012, p. 282).

19. “There is another form of *obiter dictum* which is in effect a putative *ratio decidendi* reduced in rank by subsequent judicial reasoning. It may be held that a principle apparently laid down as the reason for a particular decision was too widely stated or in some other way inappropriate” (MARSHALL, Geoffrey. What is a binding precedent, cit., p. 516).

20. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., v. 1, p. 96-97. Ver o que foi dito no item relativo à sentença como norma jurídica individualizada.

21. É o que se denomina, por isso, com eloquência, de *holding*.

“É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos *precedentes*, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado”²².

Tudo isso nos leva a uma importante advertência: não bastasse a exigência constitucional de a decisão judicial ser devidamente motivada, é preciso que o órgão jurisdicional, máxime os tribunais superiores, tenha bastante cuidado na elaboração da fundamentação dos seus julgados, pois, a prevalecer determinada *ratio decidendi*, será possível extrair, a partir dali, uma regra geral a ser observada em outras situações²³.

Em que pese a *ratio decidendi* se encontre na fundamentação de decisão, a ela não corresponde integralmente – nem a nenhum dos outros elementos da decisão judicial. Na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo), importando as circunstâncias fáticas relevantes relatadas, a interpretação dada à norma naquele contexto e a conclusão a que se chega²⁴ – sobre a importância da interpretação da decisão judicial como um todo para a identificação da *ratio decidendi*, ver item sobre o tema no capítulo sobre decisão judicial, neste volume do *Curso*.

Por isso, o relatório da decisão, que vem sendo gradativamente dispensado, senão mitigado (cf., por exemplo, art. 165 e art. 38 da Lei 9.099/95), torna-se imprescindível para a interpretação de um precedente e para a precisa identificação da sua *ratio decidendi*, porquanto pressuponha análise do caso concreto cujo relato deve estar acessível ao intérprete.

Em uma decisão, o órgão judicial não indica, ou não precisa indicar, *expressamente*, qual é a *ratio decidendi* – ressalvado a decisão que julga o incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476-479 do CPC), o incidente de decretação de inconstitucionalidade (arts. 480-482 do CPC) ou o julgamento por amostragem de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC),

22. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 176.

23. Na verdade, a interpretação de uma norma geral está imbricada com a justificação (fundamentação) de uma norma individual, não sendo diferente no campo dos precedentes: “a solução de um problema de aplicação de uma ou mais normas gerais a determinado caso sobre a qual elas possam incidir é, ao mesmo tempo, uma atividade de justificação de uma ou mais normas individuais. A referência a uma ou outra atividade (aplicação, justificação) vai depender, portanto, do próprio objeto que se estiver pretendendo qualificar. No nosso caso, o referencial serão as normas que podemos inferir dos precedentes judiciais. Uma teoria normativa deve ser capaz de solucionar os problemas de justificação e aplicação dessas normas” (BUS-TAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 239).

24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 221-223.

que têm esse objetivo.²⁵ “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como *precedente*, extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta”.²⁶

Há algumas questões interessantes trazidas por MARCELO SOUZA sobre o assunto: (i) se uma decisão traz mais de um motivo como fundamento de sua decisão (mais de uma *ratio decidendi*), tem-se entendido que todas as *rationes* obrigam, “não podendo o tribunal, em caso posterior, escolher simplesmente uma dentre elas como obrigatória e relegar a(s) outra(s) à qualidade de *dictum*”; (ii) num julgamento proferido por órgão colegiado, se, a despeito de chegar a um mesmo resultado, os membros do colegiado o fazem por razões diversas, tem-se entendido que falta *ratio decidendi* discernível “e, portanto, está a corte do caso posterior livre para decidir com base em outro parâmetro”; (iii) por fim, se for difícil identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, seja porque a sua fundamentação é insuficiente, seja porque não há uma tese jurídica bem delineada, entende-se que ela deve ser considerada desprovida de *ratio* “e, por conseguinte, de autoridade obrigatória”.²⁷

Existem métodos de identificação do precedente (em seu conteúdo), criados e desenvolvidos por autores norte-americanos.

Um primeiro método, que se difundiu no final do século XIX, intitulado “Teste de Wambaugh” – por ser de autoria do norte-americano Eugene Wambaugh –, pauta-se em uma técnica de inversão, segundo a qual se constata que dado enunciado é razão de decidir quando, invertido, implicar uma mudança da conclusão final (do julgamento, a norma concreta). Ou, em outras palavras, a *ratio decidendi* é aquela razão jurídica sem a qual o julgamento final do caso seria diferente²⁸.

25. No caso do incidente de uniformização de jurisprudência, o próprio art. 479 do CPC diz que “o julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá *precedente* na uniformização da jurisprudência” (acrescentamos o itálico).

26. MARSHALL, Geoffrey. “What is a binding precedent”, cit., p. 503-517, p. 512 e 513; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 430; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 175; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial a Súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2011, p. 134. Mencionando a possibilidade da *ratio decidendi* ser expressa ou fácil de ser apontada, SUMMERS, Robert S. Precedent in United States (New York State). In: MacCormick, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 355-456, p. 383 e 384. Atentando para a importância dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro e minimizando a dificuldade de identificar sua *ratio*, o art. 208, p. único, do atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia passou a estabelecer que “constitui parte integrante do acórdão a respectiva ementa, na qual será indicada a *ratio decidendi* em que se fundou a decisão”.

27. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, ob. cit., p. 138-139.

28. “Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also” (Tradução livre: “No entanto, experimentalmente,

Entretanto, se a inversão ou exclusão do enunciado não afetar o comando decisório final, não se estará diante da *ratio decidendi*, mas, sim, de *obiter dictum*²⁹.

A técnica de Wambaugh (que se assemelha a outra do século XVII, de Vanghn C. J.³⁰) vem sendo criticada por sua falibilidade e insuficiência. Isso porque não permite a identificação da *ratio decidendi* nos casos em que o julgador adota duas diferentes razões jurídicas que são suficientes por si sós e, separadamente, para conduzir àquela mesma conclusão. Excluída ou invertida uma delas, a outra bastará para sustentar e manter a mesma conclusão, não permitindo definir se aquela primeira era, de fato, núcleo normativo (razão de decidir), ou simples *obiter dictum*³¹.

Tem-se, ainda, o método de Goodhart, que dá grande ênfase e atenção aos fatos subjacentes à causa. Sustenta que a definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais³², bem assim a decisão neles embasada³³.

mesmo um iniciante pode determinar se é possível para uma dada proposição jurídica estar envolvida em um determinado caso. A fim de fazer o teste, deixe-o primeiro moldar com cuidado a suposta proposição jurídica. Deixe-o em seguida, inserir na proposição uma palavra invertendo seu sentido. Deixe-o, então, perguntar se, acaso o tribunal tivesse concebido esta nova proposição para ser boa, e tivesse tido isso em mente, a decisão poderia ter sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, por mais excelente que a proposição original pudesse ser, o caso não é um precedente para aquela proposição, mas se a resposta for negativa o caso é um precedente para a proposição original e possivelmente para outras proposições também”) (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases; a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Co., 1894, p. 17 ss.) Cf., Também assim, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 224; ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 110

29. Adotando essa técnica, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 177. Nem sempre, porém, tal como adverte ROGER STIEFELMANN LEAL, é fácil identificar a *ratio decidendi*, o que configura uma das principais dificuldades verificadas na aplicação prática do efeito vinculante do precedente judicial (LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169).
30. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Harvard university press, 2008, p. 76.
31. ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 111; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 224 e 225. Para Duxbury, na verdade: “Sempre que um caso contém duas rationes decidendis independentes e operatórias, em outras palavras, o teste de inversão impõe que existem apenas *obiter dicta*, pois nenhuma *ratio* é necessária para a decisão” (tradução livre) (“Where a case contains two independent operative rationes. in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither *ratio* is necessary for the decision”) (DUXBURY, Neil. “The nature and authority of precedent”, cit., p. 76 e 77).
32. Que devem ser isolados dos fatos expressa ou tacitamente imateriais ou secundários (ex.: aqueles omitidos na fundamentação ou mencionados hipoteticamente).
33. GOODHART, Arthur. “Determining the *Ratio Decidendi* of a Case”. *The Yale Law Journal*, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), pp. 161-183, p. 169 segs.; cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. 4 ed. Oxford: Clarendon, 2004, p. 63 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 225-227

Assim, a *ratio decidendi* (ou “principle of a case”, nas suas palavras), não se encontra nas razões ou opinião do julgador, mas na análise dos fatos destacados e considerados como importantes na causa e na decisão que neles se funda³⁴.

Assim, a tese de Goodhart prestigia a necessidade de que sejam dadas decisões afinadas para casos semelhantes, cuja base fática se aproxime. Se a base fática fundamental for a mesma, o precedente vincula, se não for a mesma (com fatos materiais a mais ou a menos), não vincula³⁵.

Mas o melhor método é aquele que considere as duas propostas anteriores (de Wambaugh e de Goodhart), sendo, pois, eclético, tal como aquele trabalhado por Rupert Cross – e, ao que parece, adotado por Marinoni³⁶.

A ideia é que a *ratio decidendi* deve ser buscada a partir da identificação dos fatos relevantes em que se assenta a causa e dos motivos jurídicos determinantes e que conduzem à conclusão. A consideração de um ou outro isoladamente não é, em definitivo, a opção mais apropriada.

1.4. Espécies de decisão e precedente

1.4.1. Decisão de admissibilidade, decisão de mérito e o precedente

Na tradição do *common law*, os elementos de fato e de direito realmente relevantes e determinantes são aqueles considerados pelo julgador na solução do problema concreto, em seu *mérito*, devendo ser suficientes para o julgamento daquele específico caso. Não é constitutivo de *ratio* aquele que serve de base para a solução de questão ligada à competência, por exemplo³⁷, quando se tratar de questão de admissibilidade.

Não parece ser esse um entendimento correto.

Os capítulos da decisão, como unidades decisórias autônomas, podem versar sobre a admissibilidade ou sobre o mérito da causa. Qualquer capítulo decisório exige fundamentação que venha a ter como suporte uma razão jurídica com

34. Por ex., não há como compreender a regra do caso simplesmente considerando o entendimento de um julgador de que todo homem razoável teria previsto que o fogo alcançaria a casa de campo do autor, se essa regra for examinada desprendida dos fatos fundamentais do caso.

35. “Essa concepção de *ratio decidendi* vincula a doutrina do precedente com o princípio de que casos similares sejam tratados da mesma forma” (tradução livre) (“This conception of *ratio decidendi* links the doctrine of precedent with the principle that like cases be treated alike”) (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 83).

36. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*, cit., p. 73; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, cit., p. 228-230.

37. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 250 – 251.

potencialidade de ser invocada como precedente, independentemente do problema resolvido ser de admissibilidade (como a competência) ou de mérito.

A decisão pode tornar-se precedente para questões de admissibilidade do processo – questões processuais, portanto. Não fosse assim, seria difícil explicar a existência de enunciados de súmula sobre matéria processual, abundantes tanto no STF quanto no STJ, além da possibilidade de incidente de uniformização de jurisprudência sobre questão processual.

1.4.2. Decisão que homologa autocomposição e precedente

Outra questão interessante diz respeito ao precedente nos casos em que a decisão homologa autocomposição.

O precedente, aqui, diz respeito aos pressupostos para a homologação do negócio jurídico – único tema objeto de raciocínio e construção judicial de caráter hermenêutico – e não à solução negocial definida pelos conflitantes.

A *ratio decidendi* será uma regra jurídica geral que permite que, em casos como aquele, o órgão jurisdicional está autorizado a homologar a autocomposição. O precedente relaciona-se com os pressupostos para a homologação da autocomposição – núcleo da fundamentação da decisão homologatória.

O raciocínio é o mesmo quando a decisão nega a homologação: o precedente, no caso, é uma regra jurídica que proíbe a homologação de autocomposição, em causas semelhantes àquela de onde ele surgiu.

Alguns exemplos para ilustrar.

Em uma ação de improbidade administrativa, Ministério Público e réu celebram um acordo, definindo que o ressarcimento ao erário dar-se-á de modo parcelado, com um determinado índice de reajuste monetário e um percentual de juros compensatórios. O juiz homologa esse acordo. Essa decisão é um precedente que define uma interpretação do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992³⁸, isto é: em ações de improbidade administrativa, é possível realizar acordo para fim de ressarcimento do erário.

O autor de uma ação de interdição desiste do processo e pede que o juiz homologue essa desistência. O juiz não a homologa, ao fundamento de que não se pode desistir de um processo de interdição – esse é o precedente.

38. § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.

Uma parte capaz, sem a presença de advogado, concilia com a outra, em mesa de audiência. O juiz homologa esse acordo. Eis o precedente: é lícita a realização de acordo sem a presença de advogado

2. A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DO PRECEDENTE JUDICIAL

O sistema do *common law* é informado pela teoria do *stare decisis*³⁹, segundo a qual o precedente judicial – *rectius*: a sua *ratio decidendi* –, sobretudo aquele emanado de Corte superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores. A também chamada *doctrine of binding precedent*, que teve início na Inglaterra, nas primeiras décadas do século XIX⁴⁰, foi definitivamente reconhecida em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, oportunidade em que a Câmara dos Lordes inglesa não só tratou do efeito auto-vinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior (a chamada eficácia vertical do precedente).⁴¹

Por conta disso, foi nos países de origem anglo-saxônica que mais se desenvolveu a teoria dos precedentes judiciais. Mas é relevante observar que o precedente é uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, quer vinculado à tradição do *civil law* (como o dos países herdeiros da família romano-germânica), quer vinculado à tradição do *common law* (como os Estados Unidos e Inglaterra). A diferença, na verdade, está no grau da autoridade (eficácia) que possui⁴².

É exatamente nesse contexto que sobressai a importância do seu estudo, sobretudo em função do destaque que vem ele ganhando no nosso ordenamento jurídico. Isso se revela pela autoridade (eficácia) que o legislador brasileiro vem emprestando ao precedente judicial. Conforme se verá mais adiante, são inúmeros os exemplos da influência do sistema dos precedentes judiciais no nosso ordenamento.

3. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DO DIREITO

Questão que ganha relevo, principalmente diante da importância que se vem dando ultimamente aos precedentes judiciais, é a de saber se a jurisprudência seria

39. O termo vem da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa: “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

40. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 158.

41. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 161.

42. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 52.

fonte do Direito. A despeito de algumas opiniões em contrário⁴³, efetivamente parece que, como afirma JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, “existe um consenso, cada vez mais sedimentado, no sentido de admitir-se que a jurisprudência é fonte do direito”.⁴⁴⁻⁴⁵

Não bastassem as hipóteses em que, inegavelmente, os precedentes têm força vinculante e obrigatória, aproximando-se dos *binding precedents* do direito anglo-saxônico, a atividade criativa do Direito se mostra cada vez mais presente, sobretudo em razão dos atuais contornos da função jurisdicional, que vem exigindo do magistrado não apenas a tarefa de aplicação da lei, mediante o vetusto método da subsunção normativa, como também, e principalmente, a tarefa de adequação constitucional do caso concreto. Muito mais do que aplicar a lei, cumpre ao magistrado criar uma norma jurídica que fundamente e dê validade à sua conclusão. Essa criação se faz a partir da análise do caso concreto sob a perspectiva constitucional, sobretudo à luz dos direitos fundamentais.

A atividade criativa se mostra presente também nos casos em que o magistrado se depara com conceitos vagos (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais), atualmente tão comuns nos textos legais.

Há, pois, na atividade jurisdicional muito mais que uma mera técnica de interpretação e aplicação do Direito. Há aí verdadeiramente uma técnica de criação do Direito, o que garante à jurisprudência a condição de *fonte* do Direito (ver, sobre o assunto, com maiores informações, o item relativo ao conceito e às características da jurisdição, no v. 1 deste *Curso*).

Nesse sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI afirma que “os precedentes judiciais constituem importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*), com incidência muito mais ampla do que normalmente se imagina”.⁴⁶ Também assim LENIO LUIZ STRECK, para quem “é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas”.⁴⁷

43. Tércio Sampaio Ferraz Jr., por exemplo, conquanto reconheça o inegável papel da jurisprudência na constituição do Direito, diz que ela é, “sem dúvida, ‘fonte’ interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito”. Em sua opinião, apenas se considera fonte do Direito aquela que tem força vinculante e obrigatória (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 246).

44. SOUZA, José Guilherme de. *A criação judicial do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 37.

45. Um amplo estudo sobre o tema pode ser consultado em: SIFUENTES, Mônica. *Stimula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 147-162.

46. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 18.

47. STRECK, Lenio Luiz. *Stimulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 86.

4. PRECEDENTES DECLARATIVOS E PRECEDENTES CRIATIVOS

Quanto ao seu conteúdo, os precedentes se classificam em *declarativos* e *criativos*.

Declarativo é o precedente que simplesmente reconhece e aplica uma norma jurídica previamente existente; *criativo* é o precedente que, como o próprio nome sugere, cria e aplica uma norma jurídica⁴⁸.

Assim, é *declarativo* o precedente que simplesmente se baseia num precedente, entendimento jurisprudencial ou sumulado anterior para dar solução a um caso concreto, como ocorre, por exemplo, com a decisão que aplica “súmula vinculante” do STF ou com a decisão do membro de tribunal (relator) que dá provimento a recurso interposto contra decisão que contrastara súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de tribunal superior (art. 557, §1º-A, CPC).

É *criativo*, por exemplo, o precedente em que o magistrado precisa suprir lacuna legislativa, ou ainda quando se depara com cláusulas gerais, que lhe permitem agir discricionariamente na solução a ser dada ao caso concreto (p. ex., art. 1.109, CPC).

O fato de ser declarativo o precedente não descaracteriza a criatividade judicial. Ainda que haja norma jurídica pré-existente, ao magistrado cabe, como se viu no item sobre a sentença como norma jurídica individualizada, analisar cada caso concreto à luz da Constituição e dos direitos fundamentais, criando, a partir daí, a norma jurídica geral que servirá de fundamento para a sua decisão.

Rigorosamente, interpretar e criar não são atividades distintas, inconciliáveis ou contrapostas entre si. Caminham lado a lado e de mãos dadas.

A criatividade, em maior ou menor medida, encontra-se presente em toda interpretação humana – seja do Direito, seja de outras manifestações culturais suas (ex.: música, obra de arte, discurso etc.), ensina CAPPELLETTI. A interpretação implica um mergulho na ideia, na imagem e na linguagem que se mira para entender, retratar e realizar tudo aquilo em uma nova dimensão espacial e temporal, com resultados que podem variar de intérprete para intérprete. Assim, “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre*”, pois todo texto, inclusive o legislativo, comporta diversidade na construção interpretativa, diante de suas nuances, ambiguidades, vagezas, omissões e da própria variedade de significado que costuma existir em torno das palavras⁴⁹.

48. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 51.

49. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 20-22

O intérprete naturalmente se depara com as dúvidas e incertezas que decorrem do texto (símbolo ou mensagem) interpretado, que permitem mais de um sentido, apontam em mais de uma direção; vê-se, então, diante da inexorável missão de escolher, optar e decidir. Decidir (enquanto normatizar) é escolher entre as várias alternativas conflitivas⁵⁰. E mesmo o juiz que segue rigorosamente precedente ou lei existentes sobre a matéria reproduz os seus termos e, com isso, inevitavelmente lhe confere um sentido substancialmente distinto, pela simples razão de situar-se em contexto espacial, senão, ao menos, temporal diverso. “(...) o poder inovativo do tempo bem pode operar com tal rapidez, que não aguarde a passagem dos séculos para se manifestar”⁵¹.

5. EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE

5.1. Precedente como *ato-fato jurídico*⁵²

O *precedente* é um fato. Em qualquer lugar do mundo onde houver decisão jurisdicional, esse *fato* ocorrerá.

Obviamente, o tratamento jurídico desse *fato* variará conforme o respectivo direito positivo, que é um produto cultural. Há países que podem não dar qualquer relevância aos precedentes judiciais, outros podem atribuir-lhes a máxima relevância. Outros, como o Brasil, podem imputar-lhes uma série de efeitos jurídicos, desde o efeito meramente persuasivo, comum a qualquer precedente, ao efeito vinculante, próprio de alguns precedentes, como aqueles que resultam na elaboração de uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Não se pode dizer, portanto, que só há precedente em países de *common law*; *há precedentes em todo canto*, mas os países da tradição jurídica do *common law* prestam-lhes, como é notório, uma reverência especial, atribuindo-lhes, muita vez, eficácia normativa.

Caracterizar o precedente como um *fato* tem ainda outra importância.

Como se sabe, o *ato-fato jurídico* é um ato humano que produz efeitos jurídicos independentemente da vontade de quem o pratica. É *ato*, porque agir humano, mas é *fato*, porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade humana é irrelevante.

50. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 10-16

51. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, cit., p. 20-22.

52. Acolhendo expressamente essa nossa posição, MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, n. 206, p. 69.

O *precedente*, embora esteja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico) é tratado como um *fato* pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu⁵³. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos *anexos* da decisão judicial (sobre os efeitos anexos, ver item respectivo no capítulo sobre teoria da decisão, neste volume do *Curso*).

Trata-se de noção prévia indispensável à compreensão da eficácia jurídica dos precedentes, examinada no item a seguir.

5.2. Efeitos dos precedentes

No direito brasileiro, os precedentes judiciais podem produzir três tipos de efeito jurídico: *persuasivo*, *obstativo da revisão de decisões* ou *vinculante/obrigatório*⁵⁴. Vejamos cada um deles.

Uma observação prévia é importante. A eficácia jurídica ora apresentada é resultado, obviamente, de um determinado direito positivo.

No caso do direito brasileiro, ela pode decorrer de *um precedente*, como ocorre nos casos de decisão dos recursos extraordinários repetitivos, ou *da jurisprudência* (ora sumulada, ora ainda não sumulada), que é a reiterada aplicação do entendimento firmado em um precedente – ver item abaixo em que é feita essa distinção. Assim, no Brasil, ao tratar da eficácia do precedente, é preciso entender que essa eficácia ora decorre de um único precedente ora é atribuída à jurisprudência. Nem sempre apenas de um precedente, mas também não necessariamente sempre da jurisprudência. Depende do caso, como se verá.

Assim, note que às vezes o efeito é atribuído a um único precedente e, em outras situações, apenas à jurisprudência.

a) *Precedente vinculante/obrigatório*. Como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante/obrigatório (*binding precedent*), ou dotado de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos julgados que, em situações análogas, lhe forem supervenientes. Essa é a regra nos países que adotam o sistema do “*common law*”. São relativamente obrigatórios quando, por fundadas razões, puderem ser afastados (não-aplicados);

53. Perceberam o ponto CALAMANDREI. Picro. “Appunti sulla sentenza come fatto giuridico”. *Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 1, p. 275-276; ENRIQUES. Enzo. *La sentenza come fatto giuridico*. Padova: CEDAM, 1937, p. 114.

54. Assim como o precedente pode ser obstativo também pode ser “autorizante”, quando é determinante para a admissibilidade do recurso. No ordenamento brasileiro, por exemplo, a admissibilidade do recurso especial pressupõe que se demonstre a interpretação divergente conferida por outro tribunal (art. 105, III, “c”, CF/88) e, para tanto, basta invocar um único precedente (exemplo de ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais. Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, cit., p. 94.).

são absolutamente obrigatórios quando, ainda que incorretos, tiverem que ser seguidos em casos futuros.

Ao falar em *efeito vinculante do precedente*, deve-se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, *ratio decidendi*) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

No Brasil, há algumas hipóteses em que os precedentes têm força vinculante – é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante: (i) os precedentes reiterados que conduzem à “súmula vinculante” em matéria constitucional, editada pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, e da Lei Federal n. 11.417/2006, tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; sobre a súmula vinculante falaremos mais detidamente em item próprio; (ii) os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante *em relação ao próprio tribunal*; (iii) em função da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, têm força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país⁵⁵; (iv) decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou especiais repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC).

Como visto acima, não se pode confundir o efeito vinculante *do precedente* com o efeito vinculante que, em determinadas hipóteses, decorre *da coisa julgada*. Assim, por exemplo, as decisões proferidas pelo STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, §2.º, CF; art. 28, p. único, Lei Federal n. 9.868/99; art. 10, §3.º, Lei Federal n. 9.882/99). Mas essa vinculação decorre do fato de, nessas hipóteses, a coisa julgada ser *erga omnes* por expressa disposição legal. Por conta disso, o Poder Público está vinculado não à tese jurídica firmada na fundamentação do julgado (*ratio decidendi*), mas sim à norma jurídica estabelecida, pelo STF, no dispositivo da decisão que resolve ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Observe-se este exemplo: no julgamento de uma ADI, o STF entende que uma lei estadual (n. 1000/2007, p. ex.) é inconstitucional por invadir matéria de competência

55. Com ampla demonstração da tese, inclusive a partir de julgados do próprio STF, ver o v. 3 deste *Curso*, no item relativo à objetivação do recurso extraordinário.

da lei federal. A coisa julgada vincula todos à seguinte decisão: a lei estadual n. 1000/2007 é inconstitucional; a eficácia do precedente recai sobre a seguinte *ratio decidendi*: “lei estadual não pode versar sobre determinada matéria, que é da competência de lei federal”. Se for editada outra lei estadual, em outro Estado, haverá necessidade de propor nova ADI, sobre a nova lei, que certamente será baseada no precedente anterior.

Não é demais lembrar que há uma presunção absoluta de repercussão geral do recurso extraordinário que impugna decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, §3.º, CPC), ainda que não se trate de súmula vinculante ou de decisão tomada em plenário em sede de controle de constitucionalidade. A disposição reforça o efeito vinculante dos precedentes que resultam em jurisprudência ou enunciados sumulares emanados do STF.

b) Precedente obstativo da revisão de decisões. Há precedentes (jurisprudência ou consolidado em súmula) que têm o condão de obstar a apreciação de recursos ou de obstar a remessa necessária. O efeito obstativo não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes. Com efeito, em algumas situações, o legislador autoriza que o magistrado negue seguimento a determinados recursos ou que dispense a remessa necessária quando estiverem eles em confronto com precedentes judiciais - jurisprudência ou súmula que a partir deles se constitua -, sobretudo com aqueles emanados das cortes superiores. Exemplo disso são os arts. 475, §3º⁵⁶, 518, §1º⁵⁷, 544, §4º⁵⁸ e 557⁵⁹, todos do CPC. Há, nesses casos, uma espécie de vinculação do órgão competente para apreciar a admissibilidade recursal às diretrizes já lançadas em precedentes anteriores, de modo que este órgão fica autorizado a negar seguimento a tais recursos ou dispensar a remessa necessária.

c) Precedente persuasivo. Por fim, o precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui “indício de uma solução racional

56. Art. 475. [...] § 3º do CPC: “Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

57. Art. 518. [...] § 1º do CPC: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

58. Art. 544. [...] § 4º do CPC: § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; II - conhecer do agravo para: a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.”

59. Art. 557 do CPC: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

e socialmente adequada”⁶⁰. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo; “se o segue, é por estar convencido de sua correção”⁶¹. Há situações em que o próprio legislador reconhece a autoridade do precedente persuasivo e isso tem o condão de repercutir em processos posteriores. Isso ocorre, por exemplo, quando: (i) confere ao magistrado a possibilidade de julgar liminarmente improcedentes as causas repetitivas, nos casos em que a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos (art. 285-A, CPC); (ii) admite a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência nos casos em que houver divergência *interna corporis* entre precedentes do próprio tribunal, entre um precedente do tribunal e um julgamento em curso no próprio tribunal ou entre um precedente do tribunal e uma decisão proferida por órgão jurisdicional singular ou colegiado vinculado àquele tribunal (arts. 476 a 479, CPC); (iii) admite a interposição de recursos que têm por objetivo uniformizar a jurisprudência com base em precedentes judiciais, tais como os embargos de divergência (art. 546, CPC) e o recurso especial fundado em divergência (art. 105, III, “c”, CF).

5.3. Nova compreensão de algumas normas jurídicas (princípios e regras) à luz da eficácia dos precedentes no direito brasileiro

A importância do precedente judicial no sistema jurídico nacional, decorrente da eficácia que, como visto no item anterior, o ordenamento jurídico brasileiro lhe atribui, exige que sejam repensados certos princípios e regras, a fim de que se lhes possa adequar à teoria do precedente. Eis, resumidamente, alguns pontos que precisam ser redimensionados.

5.3.1. Princípio da igualdade

Inicialmente, é imprescindível que se promova uma necessária redefinição dogmática do princípio da igualdade, que deve ser pensado como ideal de isonomia *frente ao Direito*, e não apenas *frente à lei*. É preciso que, na leitura do *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, o termo “lei” seja interpretado como “norma jurídica”, entendendo-se que todos são iguais, ou que devem ser tratados como iguais, perante a “norma jurídica”, qualquer que seja ela, de quem quer que ela emane.

Decerto que o princípio constitucional da igualdade obriga tanto os particulares quanto o Poder Público e, nesta seara, há de ser observado não apenas quando da edição das leis (em sentido amplo) ou da atuação da Administração Pública, mas também quando da concretização da função jurisdicional. Nesse sentido, a

60. TUCCI, José Rogério Cruz e, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 13.

61. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 53.

igualdade, como bem apontado por LUIZ GUILHERME MARINONI, não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da *igualdade perante as decisões judiciais*⁶². Isso porque não se pode admitir como isonômica a postura de um órgão do Estado que, diante de uma situação concreta, chega a um determinado resultado e, diante de outra situação concreta, em tudo semelhante à primeira, chega a solução distinta.

Isso, definitivamente, viola a noção comum de igualdade e justifica o respeito ao precedente, que deve ser visto como baliza para a solução de casos futuros.

É necessário, contudo, ter também em mente a hipótese inversa: a utilização acrítica dos precedentes, sem que se faça o devido cotejo das circunstâncias de fato que o motivaram com as circunstâncias de fato verificadas no caso concreto, pode dar ensejo a sérias violações ao princípio da igualdade, haja vista que esse princípio abrange também o direito a um tratamento diferenciado quando se tratar de sujeitos ou circunstâncias diferenciadas⁶³. Com efeito, é também violador da igualdade o comportamento do órgão jurisdicional que simplesmente aplica um precedente sem observar que as circunstâncias concretas não permitiriam a sua aplicação, tratando como iguais situações substancialmente distintas.

5.3.2. *Princípio da segurança jurídica*

Outro valor constitucionalmente assegurado é o da segurança jurídica. Ao afirmar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5.º, XXXVI), a Constituição Federal confere uma garantia: a garantia de que nenhum ato normativo do Estado atingirá situações consolidadas no passado. O objetivo, como se vê, é assegurar que essas situações consolidadas no passado devam ser respeitadas no presente e no futuro.

Sucede que não é apenas em relação ao *passado* que se mostra necessário garantir estabilidade. O indivíduo, muita vez, termina por pautar a sua conduta presente com base num comportamento adotado por outro indivíduo ou, o que mais nos interessa aqui, pelo Estado. Dentro dessa dimensão pública, é natural que as soluções dadas pelo Poder Judiciário às situações que lhe são postas para

62. MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da igualdade. *A força dos precedentes*. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: JusPodivm, 2010, p. 228-233.

63. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civillaw* e o *commonlaw* e dos problemas da *padronização decisória*”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 35, n. 189, 2010, p. 25-30.

análise sejam levadas em consideração pelo indivíduo para moldar a sua conduta presente⁶⁴. Isso se vivifica ainda mais quando se observa a importância que os precedentes judiciais vêm ganhando em nosso ordenamento. Ao conferir-lhes os mais diversos efeitos jurídicos, o legislador brasileiro visa a garantir certa *previsibilidade* quanto à atuação do Estado-juiz.

É exatamente nesse contexto que a segurança jurídica precisa ser repensada. Trata-se de princípio que assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento *presente*.

Consoante examinado no v. 1 deste *Curso*, do princípio da segurança jurídica extrai-se o princípio da proteção da confiança, que repercute no direito processual gerando o dever de uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável.

Nesse aspecto, pensamos que é possível extrair desse princípio de segurança jurídica (como corolário da proteção da confiança) não apenas o dever de respeito aos precedentes judiciais – e aos diversos efeitos que lhe são atribuídos pelo ordenamento – como também o dever de o tribunal uniformizar a jurisprudência, evitando a propagação de teses jurídicas díspares acerca de situações de fato semelhantes. O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes.

5.3.3. Regra da motivação das decisões judiciais

A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a *importância* da motivação de uma decisão. Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior *qualidade* na fundamentação dos atos decisórios.

Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais

64. Nesse mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. “O precedente na dimensão da segurança jurídica”. *A força dos precedentes*, cit., p. 212; MOTTA, Otávio Luiz Verdi. *Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro*, p. 35. artigo gentilmente enviado pelo autor via correio eletrônico.

ou doutrinários. É preciso – e *exigível* – que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso – e, igualmente, exigível – que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.

Mais do que nunca, é necessário valorizar a função *extraprocessual* da fundamentação, percebendo que ela não serve apenas à justificação, para as partes envolvidas naquele processo específico, da solução alcançada pelo órgão jurisdicional. Num sistema em que se valorizam os precedentes judiciais, a fundamentação serve também como modelo de conduta para aqueles indivíduos que não participam, nem nunca participaram, daquele processo específico, haja vista que poderá ser por eles invocado para justificar e legitimar sua conduta presente.

Assim, a regra segundo a qual as decisões judiciais devem ser *fundamentadas* há de ser vista de modo mais contundente, entendendo-se como adequado não *qualquer fundamento* exposto pelo órgão jurisdicional, mas sim aquilo que se reputa como *fundamento útil* para a solução do caso e para a perfeita identificação do precedente.

5.3.4. Princípio do contraditório

Por fim, é necessário redimensionar também o princípio do contraditório, sempre pensado para a definição da norma individualizada.

O contraditório tem sido visto como garantia de que a solução final de uma situação concreta deve ser alcançada mediante a participação efetiva daqueles sujeitos diretamente envolvidos no processo. Sucede que, como se vem dizendo, mesmo num ato decisório que resolve um conflito específico, é possível identificar uma norma geral, que é a *ratio decidendi*, isto é, a tese jurídica desenvolvida pelo órgão jurisdicional em sua fundamentação e com base na qual ele alcançou a solução final. Essa norma geral, já o dissemos, é *geral* justamente porque pode desprender-se daquele caso específico e ser aplicada em situações outras, futuras, cujas circunstâncias de fato sejam semelhantes às que delinearam a situação dentro da qual ela se formou.

A partir do momento em que percebemos isso – que, mesmo em processos específicos, é possível construir-se uma norma geral, aplicável a situações futuras –, o princípio do contraditório, visto como *direito de participação na construção da norma jurídica*, precisa ser repensado. Isso porque ele não mais pode ser visto

apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica *individualizada* (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica *geral* (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado).

Isso tem importância prática: é preciso ampliar as possibilidades de intervenção de *amicus curiae*; é preciso redefinir o que se entende por interesse recursal, reconhecendo-se também a sua existência para a definição do precedente, ainda que não se discuta a norma do caso concreto (sobre o tema, ver o volume 3 deste *Curso*). Além disso, é necessário também repensar as hipóteses e os critérios de permissão da intervenção de terceiro. Parece-nos possível e útil pensar a intervenção de terceiro como forma de ajudar na formação do precedente (interesse jurídico reflexo na criação de um precedente que afetará um grupo de pessoas, por exemplo).

5.4. Distinção entre a eficácia do precedente, coisa julgada e eficácia da intervenção

É preciso fazer mais uma vez a distinção entre (i) o efeito vinculativo da coisa julgada, (ii) a eficácia da intervenção e (iii) a eficácia vinculativa do precedente judicial. Nos três casos, temos efeitos jurídicos que vinculam sujeitos a uma decisão judicial, que possuem regimes jurídicos bastante diferentes. Repetimos aqui, com objetivos meramente didáticos, um quadro esquemático trazido no capítulo anterior, no intuito de contribuir para a compreensão da distinção apontada.

	Coisa julgada	Eficácia da intervenção	Eficácia vinculativa do precedente judicial
Limite objetivo	Dispositivo da decisão – norma jurídica individualizada	Fundamentação de fato e de direito da decisão	<i>Ratio decidendi</i> – norma jurídica geral (fundamentação da decisão)
Limite subjetivo	<i>inter partes</i> , como regra (art. 472, CPC)	assistente simples (art. 55, CPC)	erga omnes
Instrumentos de controle	Ação rescisória, <i>querela nullitatis</i> , desconstituição de sentença constitucional (art. 475-L, § 1º, e 741, par. ún., CPC) e a correção de erro material	<i>Exceptio male gestis processus</i> (art. 55, I e II, CPC)	<i>Preventivo</i> : intervenção do <i>amicus curiae</i> antes da formação do precedente (arts. 482, §§ 1º, 2º e 3º, e 543-A, § 6º, CPC) <i>Repressivo</i> : mecanismos de superação (<i>overruling</i>) do precedente, como, p. ex., o pedido de revisão de enunciado de súmula vinculativa do STF (art. 3º, Lei n. 11.417/2006)

6. A DINÂMICA DO PRECEDENTE

6.1. Introdução

De acordo com EDWARD ALLAN FARNSWORTH, “o uso do precedente é mais uma técnica do que uma ciência. É tão difícil aprendê-lo por meio da leitura de uma discussão da doutrina quanto o é aprender a andar de bicicleta através do estudo de um livro sobre mecânica, acrescentando que o assunto é muito mais controverso. É possível porém estabelecer vocabulário, fazer algumas generalizações mais óbvias e examinar alguns problemas mais interessantes”⁶⁵. A idéia aqui é, pois, a de apresentar alguns pontos importantes da aplicação prática do precedente judicial, sem, obviamente, pretender esgotar o tema.

6.2. Súmula, jurisprudência e precedente. Produção e interpretação. Técnica de redação de enunciado sumulado

No Brasil, o sistema de precedentes tem um aspecto curioso: à luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento mais importante do precedente.

Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. São noções bem ligadas.

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente⁶⁶.

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o *texto* que cristaliza a *norma geral* extraída, à luz de casos concretos, de outro *texto* (o texto legal, em sentido amplo). A súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível.

65. FARNSWORTH, Edward Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Antonio Carlos Diniz de Andrada (trad.). Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 63.

66. Daí a afinnação de Marinoni, para quem a “súmula faz parte de uma linguagem que descreve as decisões” (MARINONI. Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, op. cit., p. 217).

Mais do que isso, exige o retorno ao caso que lhe deu origem. E do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes esses que também são textos a serem interpretados⁶⁷, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes, que serviram de base para sua construção.

O precedente isoladamente não é tão valorizado na tradição do *civil law*, como é na tradição do *common law*. Valor maior é atribuído ao precedente reiteradamente reproduzido em decisões dadas em casos futuros e que constitui, pois, jurisprudência. É essa constância e repetição homogênea e quantitativa do precedente⁶⁸ e da sua opção interpretativa que dá uniformidade e estabilidade à regra geral que dali se extrai, tornando-a pauta de comportamento e julgamento para quem julga e para quem é julgado.

Mas não se pode esquecer que, no Brasil, há casos de simples precedentes que possuem eficácia normativa, mesmo que não tenham gerado jurisprudência – p. ex.: decisão que julga recursos extraordinários ou especiais repetitivos. Remetemos ao ponto em que se tratou da eficácia jurídica do precedente.

Mais importância ainda é dada à súmula, enquanto enunciado numerado e publicado que sumariza a jurisprudência dominante de dado tribunal sobre aquele tema específico. Não é uma decisão que constitua um precedente, mas, sim, um texto conciso criado pelo tribunal que resume o entendimento de suas próprias decisões.

Entretanto, se a decisão que gera o precedente é construída em procedimento judicial que transcorre em contraditório, que se dá com a participação cooperativa e dialógica das partes, o mesmo não se pode dizer, segundo MARINONI, do enunciado de súmula. O procedimento de edição de um enunciado da súmula não conta com a presença democrática e legitimadora das partes que figuraram nos processos em que fora inicialmente concebida a razão jurídica ali sintetizada⁶⁹. Essa presença é muito importante, pois essas partes tendem a prezar para que a

67. “Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carece de interpretação. É trabalho do aplicador extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*, cit., p. 259).

68. O diferencial quantitativo entre precedente e jurisprudência é destacado por Taruffo (TARUFFO, Michelle. “Precedente e jurisprudência”, cit., p. 279).

69. Observe-se, contudo, que, o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser provocado pela parte interessada e, quando a decisão do tribunal for tomada por maioria absoluta (mais da metade dos membros que compõem o órgão), ela será objeto de súmula, constituindo-se em precedente para a uniformização da jurisprudência do tribunal, autorizando, em alguns casos, julgamento monocrático no tribunal. Se tomada por maioria simples, valerá como jurisprudência dominante do tribunal, dando ensejo a julgamento monocrático pelo relator nos casos dos arts. 557 e 554, CPC.

tese jurídica não acabe desvirtuada, legitimando-a para casos futuros, ainda que envolvam outros jurisdicionados⁷⁰.

Invocar um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se aplique a causas em que a base fática seja similar. Já as súmulas se distanciam do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição⁷¹, que costuma ser ignorado – malgrado pudesse ser consultado. Rigorosamente, falta técnica e vontade, como explica MARINONI:

“(...) as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto”⁷².

Nem mesmo a súmula vinculante⁷³ escapa dessa crítica. Malgrado se produza em procedimento que permite a participação e manifestação dos interessados⁷⁴, ela permanece afastada da realidade fática que deu origem à tese jurídica supostamente ali concretizada, gerando as mesmas dificuldades.

Porque produzida a partir do caso concreto, o texto da *ratio decidendi*, nos enunciados sumulados, não pode ter algumas características que normalmente aparecem no direito legislado. Por exemplo: não há razão para que, na redação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contrassenso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do direito legislado, o enunciado da *ratio decidendi*, tal como se vem dizendo, deve ser formulado com termos de acepção precisa, tanto quanto possível, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

70. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 216 e 217.

71. O que TARUFFO visualiza também no contexto da simples jurisprudência: “cm regra os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto das decisões, por isso a aplicação da regra formulada em uma decisão precedente não se funda sobre a analogia dos fatos, mas sobre subsunção da *fattispecie* sucessiva cm uma regra geral” (TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*, cit., p. 280).

72. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2ª ed., cit., p. 217-218.

73. A EC n. 45/2004 inseriu o art. 103-A na CF, que autoriza o STF aprovar súmula vinculante, quando já existirem repetidas decisões sobre matéria constitucional, cuja observância é obrigatória para demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Sua disciplina infraconstitucional se encontra na Lei Federal n. 11.417/2006 e na Resolução n. 381 e 388/2008, STF.

74. Cf. art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417/2006. Isso pluraliza e socializa o debate, conferindo mais legitimidade democrática à normatização.

Infelizmente, essa técnica de elaboração do texto sumulado não foi observada pelo STF, ao editar o n. 11 da sua súmula vinculante: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, *justificada a excepcionalidade por escrito*, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de *nulidade da prisão* ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de aceção tão vaga (“fundado receio de fuga”, “perigo à integridade física própria ou alheia”, “justificada a excepcionalidade por escrito” etc.), que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” concretizando o disposto no enunciado n. 11.

A “súmula vinculante”, cuja existência se justifica para dar segurança/previsibilidade à solução de “determinadas situações típicas”, neste caso terá pouca serventia. Não se quer aqui entrar no mérito da questão do uso ou não de algemas. A proposta não é esta. A preocupação é com a má-técnica do STF na formulação do precedente, que é vinculante. O STF deve lembrar que o “papel normativo” da jurisprudência tem outras características. Situações como essas não poderiam ser “sumuladas”, exatamente porque, em razão das suas peculiaridades concretas, devem sempre ser examinadas *a posteriori*, e não *a priori*.

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos.

6.3. Técnicas de confronto, interpretação e aplicação do precedente: *distinguishing*

Nas hipóteses em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.

Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente⁷⁵, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente⁷⁶. Para CRUZ E TUCCI, o *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”⁷⁷. Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado).

MARCELO SOUZA cita um caso de *distinguishing*: “Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LJ 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público”.⁷⁸

Muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).⁷⁹

75. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, ob. cit., p. 142.

76. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 247. Para este autor, “o *distinguish*, portanto, significa criar uma exceção à regra geral na medida em que, como o caso que atualmente se decide se encontra por ela abrangido, deveria ser, mas de fato não é por ela alcançado”.

77. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 174.

78. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, cit., p. 143.

79. A essas atividades Cruz e Tucci dá o nome, respectivamente, de criadora e legislativa (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 174).

Para concluir pela incidência de um precedente, é necessária a similaridade dos fatos fundamentais das causas confrontadas. Impõe-se, ainda, a análise da possibilidade de os fatos ditos fundamentais poderem ser inseridos em dada classe ou categoria, na qual também se inserem aqueles que servem de base ao caso sob julgamento, de forma a que possam ter soluções semelhantes.

Para essa categorização, é indispensável a averiguação da razão jurídica da decisão paradigma no contexto cultural, social e axiológico em que proferida, naquele tempo e naquele lugar, considerando, assim, sua linguagem, seus usos, seus valores. Afinal, pode o fato pertencer a uma mesma categoria em um contexto e a outra em contexto diverso⁸⁰. Por exemplo, em um contexto, um diploma ou certificado pode ser exigido para um “profissional” ser reconhecido membro daquela categoria, em outro, não, a depender de cultura e valores da localidade.

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a idéia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional.

Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*⁸¹.

O *distinguish* é, como se viu, por um lado, exatamente o método pelo qual se faz essa comparação/interpretação (*distinguish*-método). Se, feita a comparação, o magistrado observar que a situação concreta se amolda àquela que deu ensejo ao precedente, é o caso então de aplicá-lo ou de superá-lo, mediante sério esforço argumentativo, segundo as técnicas de superação do precedente que serão vistas a seguir (*overruling* e *overriding*). Entretanto, se, feita a comparação, o magistrado

80. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., cit., p. 251-253.

81. Muitas vezes o julgador se esforça para concluir serem diversos os fatos materiais (ou fundamentais) para justificar a não-aplicação de um precedente que considera injusto. Mas, por outro lado, essa possibilidade de distinção de casos e afastamento do precedente confere uma maior abertura e maleabilidade ao julgador permitindo que sua justiça seja do caso concreto – poder este que se for exercido arbitrariamente ou abusivamente pode colocar em xeque a isonomia e a segurança jurídica, suscitando dúvidas sobre a autoridade, senão, ao menos, a normatividade do precedente (SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144 e 145). Esse poder é dado ao juiz, mas não pode ser usado arbitrariamente, de forma a fazer o *distinguishing* com base em fatos não fundamentais. E quando o faz, ao menos em um regime de *common law*, será possivelmente percebido, repreendido e denunciado por advogados e juizes, que o tomarão como operador negligente ou de caráter questionável. Distinguir não é afastar precedentes ao sabor do juiz, por lhe parecer oportuno. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114)

observar que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, ter-se-á chegado a um resultado que aponta para a distinção das situações concretas (*distinguish*-resultado), hipótese em que o precedente não é aplicável, ou o é por aplicação extensiva (*ampliative distinguishing*).

Se a questão está sendo enfrentada pela primeira vez, tem-se então um *hard case*, cujo mérito deve ser enfrentado independentemente da utilização, como fundamento, de precedentes judiciais.⁸²

Embora voltadas inicialmente para o sistema do *common law*, as técnicas de confronto, de interpretação e de aplicação dos precedentes devem ser observadas no ordenamento brasileiro. Para aplicar a tese jurídica cristalizada em súmula vinculante, por exemplo, deve o órgão julgador⁸³ analisar as circunstâncias de fato que caracterizam a situação concreta *sub judice*, confrontando-as com as circunstâncias em que se baseia a súmula-paradigma. Havendo *distinção* (*distinguishing*), a súmula, a princípio, não deve ser aplicada ao caso concreto, salvo se a tese jurídica nela espelhada puder ser interpretada ampliativamente (*ampliative distinguishing*). O mesmo procedimento há de ser observado quando da aplicação de outros dispositivos como, por exemplo, os arts. 475, § 3º, 518, § 1º, 543-A, §5º, 544, § 4º, 557, todos do CPC.

Pode ocorrer, contudo, que o magistrado ou tribunal, ao decidir o caso em julgamento, ignore um precedente obrigatório ou uma lei relacionada ao caso. Tem-se, então, em casos tais, a chamada decisão *per incuriam*⁸⁴. Para que assim se caracterize, é necessário demonstrar-se que, tendo conhecimento do precedente ou da lei ignorados, o magistrado ou tribunal chegaria a um resultado diverso daquele alcançado.

6.4. Técnicas de superação do precedente: *overruling* e *overriding*

Tão importantes quanto as técnicas de confronto, interpretação e aplicação dos precedentes são as técnicas de *superação*. São basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*.

Overruling é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente⁸⁵. Como esclarece

82. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, ob. cit., p. 175. O autor chama atenção de que, em contraponto, os processos para os quais já existe precedente firmado são denominados de *clears cases*.

83. Que pode ser o magistrado, no processo judicial, ou a autoridade julgadora, no processo administrativo.

84. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, cit., p. 146.

85. A Câmara dos Lordes inglesa assentou, no julgamento do caso *Bright v. Hutton*, em 1852, a possibilidade de corrigir eventuais erros cometidos no passado, alterando-se a orientação do precedente então criado. Essa prerrogativa, porém, somente foi exercida mais de um século depois, em 26 de julho de 1966, quando se editou uma resolução (o *Practice Statement of Judicial Precedent*) que autorizava o que então passou a ser chamado de *overruling*. No entanto, o primeiro caso de *overruling* de que se tem registro ocorreu em 1968 e, nada obstante a importância da sua existência para a saúde da teoria do *stare decisis*, poucos

LEONARDO GRECO, o próprio tribunal que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*⁸⁶. Assemelha-se à revogação de uma lei por outra. Essa substituição pode ser (i) expressa (*express overruling*), quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) tácita (*implied overruling*), quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara.

Segundo MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA, “não se pode esconder a verdadeira revolução que é o *overruling* no que diz respeito à matéria objeto do precedente revogado. Como explica Sotelo, se levado às últimas consequências, ‘o *overruling* equivale a uma declaração pública, *coram populi*, de que todos os casos precedentemente decididos sobre a base daquele precedente errôneo tinham sido na realidade decididos em contrário ao que na verdade se toma como verdadeiro Direito”⁸⁷. Mais comedido, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA não vê na decisão que implica *overruling* de um precedente algo revolucionário: “se o *overruling* nada mais é do que uma decisão que cria (ou da qual emerge) uma regra que invalida outra regra anteriormente firmada, embora aparentemente pareça ser uma decisão radicalmente revolucionária, a mudança não é, no final das contas, ‘totalmente revolucionária, pois é feita por oficiais dentro do sistema que têm autoridade para decidir casos de acordo com a razão’”⁸⁸.

A decisão que implicar *overruling* exige como pressuposto uma carga de motivação maior, que traga argumentos até então não suscitados e a justificação complementar da necessidade de superação do precedente. Embora possam existir outros motivos, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA bem sintetiza as hipóteses mais comuns de superação do precedente: (i) quando o precedente está obsoleto e desfigurado; (ii) quando é absolutamente injusto e/ou incorreto; (iii) quando se revelar inexecutável na prática.⁸⁹

É possível que a substituição se dê eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), caso em que o precedente substituído não poderá ser invocado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, que ainda estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. Há ainda a substituição com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição (voltaremos ao assunto mais adiante, em item próprio).

foram os exemplos que lhe seguiram no direito inglês. Mostra-se mais comum no direito norte-americano. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 158-159 e p. 167).

86. GRECO, Leonardo. “Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança”. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2004, n. 10, p. 46.

87. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, cit., p. 150.

88. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 266.

89. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 266-284.

Por fim, tem-se a *anticipatory overruling*, espécie de não-aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, nos casos em que esta última, embora sem dizê-lo expressamente, altera o seu posicionamento quanto a precedente outrora firmado⁹⁰.

Exemplo típico disso se dá nas hipóteses em que um juízo monocrático ou tribunal inferior deixa de aplicar enunciado da súmula, “quando o tribunal superior já deu sérias mostras de que está prestes a revogar ou cancelar súmula, ou mesmo quando as decisões do tribunal evidenciam que a súmula não mais será aplicada”⁹¹. Não há, em casos tais, uma *revogação antecipada* propriamente dita, mas sim uma antecipação, com base em juízo de probabilidade, de um efeito da revogação, que é a não-aplicação do precedente.

É necessário distinguir o *overruling* do *overriding*. Há *overriding* quando o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação parcial.⁹²

É importante distinguir ainda entre *overruling* e *reversal*. Enquanto aquele representa uma técnica de superação do precedente, este último representa tão-somente a *reforma*, por uma Corte superior, de uma decisão proferida por órgão inferior. É o que ocorre nos casos em que, no julgamento de um recurso, o órgão *ad quem* altera o entendimento firmado pelo órgão *a quo*. O *reversal* não configura, pois, uma técnica de superação do precedente, mas apenas uma técnica de controle.⁹³

Sobre o papel dessas técnicas de superação no ordenamento que, como o nosso, se assenta (ainda que pontualmente) sobre a doutrina do *stare decisis*, CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA traz importante lição, que merece transcrição integral:

“Modernamente, a modificação da doutrina vinculante é vista como um aprimoramento do pensamento jurídico passado para adequá-lo ao desenvolvimento social. Dentro dessa ótica, a invalidação parcial ou total de uma doutrina vinculante é considerada como um instrumental intrasistêmico para assegurar a necessária flexibilidade ao ordenamento jurídico. *Overruling* e *overriding* entendidos como soluções sistêmicas para evitar a petrificação do direito, fazem parte e complementam a idéia de uma doutrina vinculante”.⁹⁴

Também nesse sentido, CRUZ E TUCCI ressalta que:

90. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito, cit., p. 179-180.

91. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, cit., p. 418.

92. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 297.

93. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante, cit., p. 153.

94. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 303.

“(...) todos esses mecanismos estão a evidenciar que a força vinculante do *precedente* não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de ‘normatização pretoriana’. A mutação progressiva de paradigmas de interpretação de um determinado episódio da vida, dotado de relevância jurídica, sempre veio imposta pela historicidade da realidade social, constituindo mesmo uma exigência de justiça...”⁹⁵

O ordenamento brasileiro prevê técnicas de superação de precedentes judiciais e dos enunciados sumulares a partir deles produzidos, embora não utilize a denominação que lhes é atribuída pelo direito anglo-saxônico. É o que se dá, por exemplo, com o processo para revisão ou cancelamento de súmulas vinculantes, que tem previsão no art. 103-A, §2.º, da Constituição, na Lei Federal n.º 11.417/2006 e no Regimento Interno do STF, assunto ao qual voltaremos mais adiante.

Conforme lição de GLAUCO SALOMÃO LEITE, “a possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes assegura a dinâmica da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, permitindo-se rever suas concepções jurídicas acerca de determinado tema. Diante disso, elas estão em sintonia com o necessário equilíbrio que deve apresentar a jurisprudência constitucional, ao fornecer, de um lado, a necessária estabilidade, elemento imprescindível à segurança jurídica dos jurisdicionados, e, de outro, a abertura para sua modificação, essencial para evitar a estagnação da interpretação constitucional”⁹⁶

Não bastasse isso, há também instrumentos processuais de que o jurisdicionado se pode valer para controlar a decisão judicial que, invocando um precedente (jurisprudência ou súmula), lhe causa gravame. É o que se dá, por exemplo, com o agravo interno de que fala o art. 557, §1.º, do CPC, que pode ser interposto contra a decisão de que tratam o art. 557, *caput* e o §1.º-A, do CPC; é o que se dá também com a reclamação constitucional, que pode ser utilizada contra a decisão judicial ou ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (art. 7.º, Lei Federal n.º 11.417/2006).

7. A “SÚMULA VINCULANTE”

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o art. 103-A ao texto da Constituição Federal⁹⁷, permitindo ao Supremo Tribunal Federal, após reiteradas

95. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*, cit., p. 180.

96. LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

97. Art. 103-A do CF/88: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

decisões sobre matéria constitucional, aprovar enunciado sumular com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O regime jurídico da assim chamada “súmula vinculante”⁹⁸ está disposto no *caput* e nos parágrafos do próprio art. 103-A da Constituição e na Lei Federal n. 11.417/2006.

Eis as principais características do regime jurídico da súmula vinculante.

a) Efeito vinculante. A principal característica do enunciado sumular de que ora se fala consiste em que ele possui efeito vinculante em relação, obviamente, ao próprio Supremo Tribunal Federal, e aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito dentro do prazo de 10 dias após a sessão em que foi ele aprovado (art. 2º, § 4º, Lei Federal n. 11.417/2006). Mas é possível que o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir de um momento posterior, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º, Lei n. 11.417/2006). Como se vê, é possível que o STF module os efeitos do enunciado sumular, postergando sua eficácia vinculativa para o futuro.

Como decorrência do efeito vinculante do enunciado, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, sem prejuízo de outros recursos ou meios admissíveis de impugnação. Julgando procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, §3º, CF; art. 7º, Lei n. 11.417/2006).

Diz o art. 7º, §2º, da Lei n. 11.417/2006, que, contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Ainda tratando da reclamação constitucional contra ato ou omissão da administração pública que viole enunciado de súmula vinculante, diz o art. 64-B, da Lei Federal n. 9.784/1999, que, uma vez acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso administrativo, que deverão adequar

98. A terminologia não é a mais adequada, visto que Súmula é o nome que se dá ao repositório que consolida os enunciados que refletem o entendimento predominante num determinado tribunal. Assim, o correto é fazer-se referência ao “enunciado n. X da Súmula do entendimento pre-dominante do tribunal Y”. Feito o alerta, lançaremos mão da nomenclatura súmula vinculante apenas porque já está, de certa forma, e ainda que equivocadamente, arraigada na praxe acadêmica e judiciária.

as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal. O tema voltará a ser examinado no capítulo sobre reclamação, no v. 3 deste *Curso*.

b) Objeto. Somente se admite a edição de enunciado sumular com eficácia vinculante que tenha por objeto a interpretação ou a verificação da validade ou da eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, §1º, CF; art. 2º, §1º, Lei n. 11.417/2006). Importante destacar que só se admite a edição de enunciado vinculante sobre *matéria constitucional* (art. 103-A, *caput*, CF; art. 2º, *caput*, Lei n. 11.417/2006).

c) Competência. Somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para editar enunciados com força vinculante. Desse modo, não há possibilidade de outros tribunais editarem súmulas vinculantes, se bem que, como visto acima, os enunciados editados por cada um dos tribunais têm efeito vinculante em relação ao próprio tribunal. Conquanto não possam editar enunciados com força vinculante, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares podem propor ao STF a edição de súmulas vinculantes (art. 3º, XI, Lei n. 11.417/2006).

d) Revisão ou cancelamento da súmula vinculante. A súmula vinculante não tem, por óbvio, a pretensão de vigor eternamente. O entendimento nela cristalizado pode ser revisado ou mesmo superado. Isso pode ocorrer, por exemplo, se for revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante (art. 5º, Lei n. 11.417/2006). Assim, o legislador brasileiro prevê expressamente a possibilidade de o próprio STF proceder ao *overruling* (superação/cancelamento) ou ao *overriding* (revisão/revogação parcial) de um seu enunciado vinculante.

Considerando que a súmula vinculante também tem efeitos obrigatórios para o próprio STF e que o legislador fez previsão da possibilidade e do procedimento adequado à superação/revisão das súmulas vinculantes, parece-nos que, no Brasil, não se pode falar em *implied overruling*, isto é, em cancelamento/superação implícita de súmula vinculante, mas apenas de *express overruling*, ou seja, cancelamento/superação expressa, mediante devido processo legal previamente estabelecido. Nada impede, porém, que, diante de um caso concreto e ainda que ele não se conforme exatamente à situação que deu ensejo à edição da súmula vinculante, o STF restrinja ou amplie os efeitos da súmula, através das técnicas do *restrictive distinguishing* ou do *ampliative distinguishing*, respectivamente.

Considerando que a decisão que cancela ou que revê súmula vinculante exige o mesmo quórum da decisão que edita o enunciado com força obrigatória (art. 103-A, *caput*, CF; art. 2º, §3º, Lei n. 11.417/2006), é natural concluir que a decisão de revisão ou cancelamento também tem, por óbvias razões, efeito vinculante, obrigando não só o próprio STF como também os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Desse modo, feita a revisão ou cancelada a súmula, nenhum outro órgão do Poder Público poderá aplicá-la ou, pelo menos, aplicá-la com a redação antiga. Por extensão, pode o STF, mediante decisão de 2/3 dos seus membros, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, modular, também aqui, os efeitos da decisão de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante, tal como previsto no art. 4º, Lei n. 11.417/2006, postergando-os para o futuro.

e) Iniciativa. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante pode ter início de ofício ou por provocação. De acordo com o §2º do art. 103-A da Constituição Federal, “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”.

Assim, a Lei n. 11.417/2006 estabeleceu quem pode propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º): (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) o Procurador-Geral da República; (v) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (vi) o Defensor Público-Geral da União; (vii) partido político com representação no Congresso Nacional; (viii) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; (ix) a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (x) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (xi) os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. Afora isso, de acordo com o §1º do art. 3º da referida lei, “o Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo”.

e) Procedimento. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante está regulamentado na Resolução STF n. 381/2008, publicada no DJE de 31.10.2008, e na Resolução STF n. 388/2008, publicada no DJE de 10/12/2008.

Segundo as Resoluções 381 e 388/2008, recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará

e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias. A petição contendo a proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante é autuada, no STF, como Proposta de Súmula Vinculante (PSV). A possibilidade de manifestação de interessados atende ao disposto no art. 3º, §2º, da Lei n. 11.417/2006, e tem por objetivo ampliar, no âmbito social, a discussão acerca do conteúdo da proposta, no intuito de conferir maior legitimidade democrática à normatização empreendida pela Suprema Corte⁹⁹. É mais um caso de intervenção de *amicus curiae* (sobre o tema, cf. o v. 1 deste *Curso*).

Escoado o prazo para manifestação de possíveis interessados, os autos devem ser encaminhados à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta (art. 1º). Devolvidos os autos com a manifestação da Comissão de Jurisprudência, a Secretaria Judiciária encaminhará cópias desta manifestação e da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula aos demais Ministros e ao Procurador-Geral da República, e fará os autos conclusos ao Ministro Presidente, que submeterá a proposta à deliberação do Tribunal Pleno, mediante inclusão em pauta. Vale observar que o Procurador-Geral da República, à exceção dos casos em que seja ele o autor da proposta, deve ser previamente ouvido (art. 1º, §2º, LF 11.417/2006), colhendo-se a sua manifestação na própria sessão plenária (art. 3º, Res. 388/2008).

Ressalvada a votação da proposta, que ocorre em plenário, todos os atos do procedimento são processados eletronicamente e as informações devem ficar disponíveis aos interessados no *site* do STF (art. 4º, Res. 388/2008).

8. ALTERAÇÃO DO PRECEDENTE E EFICÁCIA RETROATIVA

Questão interessante é saber qual a eficácia da decisão que altera a jurisprudência dominante, seja ela tomada num processo específico para a superação de um enunciado sumular (p. ex., no processo de revisão ou cancelamento de súmula vinculante), seja ela tomada como natural evolução do pensamento de um tribunal

99. Trata-se de uma das manifestações, no Brasil, da técnica de interpretação pluralista e procedimental da Constituição pensada por Peter Häberle. Segundo o autor alemão, a interpretação constitucional não pode ficar adstrita aos chamados “órgãos oficiais”; antes, deve ser aberta a toda a comunidade, ao pluralismo de idéias, a fim de que possa alcançar resultados mais consentâneos com a realidade. E assim o diz por reconhecer que todas as pessoas que vivem no contexto da norma são, direta ou indiretamente, destinatários dela e, por isso, devem ser vistos como participantes ativos no processo hermenêutico (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997 (reimpressão, 2002), p. 13).

(p. ex., mudança de posicionamento de um tribunal sobre um determinado tema). Essa decisão tem efeito *extunc*, de modo a atingir os fatos ocorridos anteriormente à mencionada mudança ou, ao contrário, tem ela eficácia *ex nunc*?

De acordo com o raciocínio traçado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., cabe ao tribunal, com base no princípio da razoabilidade, modular os efeitos da decisão que altera um posicionamento consolidado na Corte. Isso porque a regularidade da jurisprudência, ainda quando não possua eficácia vinculante e obrigatória – e, por isso, não seja considerada, especificamente, como uma fonte formal do Direito –, gera consequências no plano fenomenológico: “no mínimo é provável que os particulares, leigos, confiando na informação proporcionada pelos peritos em Direito, venham a tomar medidas e propor determinados negócios jurídicos com base naquele direcionamento”.¹⁰⁰

Segundo ROQUE ANTONIO CARRAZZA,

“(...) o princípio da segurança jurídica hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art. 1.º da Constituição Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Para tanto, veda a adoção de medidas legislativas, administrativas ou judiciais, capazes de frustrar a confiança que as pessoas depositam nas normas jurídicas em vigor”.¹⁰¹

Correto, pois, o raciocínio de FERRAZ JR., segundo o qual o Poder Judiciário, como ente da Administração Pública, está sujeito ao chamado *princípio da não-surpresa*, outra designação que se pode dar ao princípio da confiança que o administrado/jurisdicionado, agindo com boa-fé, deposita na conduta da Administração/Judiciário, donde extrai legítimas expectativas. Trata-se aqui, portanto, da conjugação entre os princípios da segurança jurídica e da boa-fé¹⁰², que garante não só respeito ao passado, como também às expectativas legítimas que o comportamento do Judiciário – através de reiteradas decisões tomadas num mesmo sentido – incutiu no íntimo dos jurisdicionados.

Eis, sobre o ponto, a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“Deveras, ao lume de princípios jurídicos fundamentais seria teratológico, em tais casos, que situações constituídas à sombra de entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal e logicamente confirmadas por numerosas decisões dos Tribunais

100. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Irretroatividade e jurisprudência judicial”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

101. CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”. In: NERY JR., Nelson. CARRAZZA, Roque Antonio. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Efeito *ex nunc* e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2007, p. 41.

102. CARRAZZA, Roque Antonio. “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”, cit., p. 44.

em geral pudessem ser, ao depois, afetadas pelo fato deste, anos mais tarde, sem a ocorrência de fato novo, vir a modificar sua inteligência sobre a tese jurídica que dantes merecera seu agasalho. Não apenas o princípio da segurança jurídica, como visto, mas também o princípio da lealdade e da boa-fé e da confiança legítima se oporiam e do modo mais cabal possível a que uma mudança de orientação do Poder Judiciário na matéria viesse a ter tão graves efeitos”.¹⁰³

Há dispositivos de lei que preveem esse condicionamento da Administração Pública à confiança, a exemplo do art. 2º, p. único, XIII, da Lei Federal n. 9.784/1999¹⁰⁴, e o art. 146 do Código Tributário Nacional¹⁰⁵.

Não bastasse isso, essa é a conclusão que se pode extrair do próprio princípio da irretroatividade das leis, conforme lição de FERRAZ JR.:

“Em nome do direito à segurança, que exige certeza e confiança, não se pode, pois, restringir o princípio da irretroatividade à lei como mero enunciado, devendo compreender a lei como sua inteligência em determinado momento. (...) A irretroatividade é, assim, do Direito e alcança, portanto, a irretroatividade da inteligência da lei aplicada a certo caso concreto”.¹⁰⁶

O autor continua:

“Em síntese, a mencionada analogia significa que, assim como fatos jurídicos pretéritos (mesmo quando não constituam atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos) são protegidos contra a retroatividade da lei nova, valendo a lei, à época, de regência, jurisprudência pretérita, de fato, constante e longamente reiterada, há também de ser considerada para casos iniciados antes da nova orientação jurisprudencial”.¹⁰⁷

Nesse mesmo sentido, CARRAZZA: “A segurança jurídica, um dos pilares do nosso Direito, exige que as leis, os atos administrativos em geral e a jurisprudência tenham o timbre da irretroatividade. Daí falarmos em *irretroatividade do Direito* e não, apenas, *das leis*”¹⁰⁸. O mesmo autor arremata do seu raciocínio: “Assim,

103. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Segurança jurídica e mudança de jurisprudência”. In: Revista de Direito do Estado, n. 6, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 335.

104. Art. 2º, Lei n. 9.784/1999. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (acrescentamos o itálico)

105. Art. 146, CTN: “A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”. (acrescentamos o itálico)

106. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 11.

107. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 14.

108. CARRAZZA, Roque Antonio, “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”, cit., p. 45-46.

quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo Tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas de que procediam sob o amparo do direito objetivo”.¹⁰⁹

Com efeito, o art. 27 da Lei Federal n. 9.868/1999 e o art. 11 da Lei Federal n. 9.882/1999 admitem que o Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade de ato normativo, atribua à sua decisão eficácia coerente com a repercussão política e social da decisão que vier a proferir, podendo, para tanto, modular seus efeitos no tempo. Tal já era possível antes mesmo do advento dessas leis, conforme posicionamento adotado naquela Corte Suprema. Assim, é possível, partindo de um *raciocínio abdutivo*, proceder a uma *indução amplificadora* dos preceitos legais¹¹⁰, perquirindo-se o princípio que os informa. Vai-se perceber que eles se fundam no princípio da razoabilidade.

Desse modo, se a alteração jurisprudencial – sobretudo se ocorrer no âmbito dos tribunais superiores, como é o caso do STF ou do STJ – puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo no intuito de respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados.

O que se tem então é a chamada técnica da sinalização/aviso (*signaling/caveat*), que foi desenvolvida pelos tribunais americanos como forma de refinamento da técnica do *prospective overruling* (superação com eficácia *ex nunc*).¹¹¹ Em última instância, isso nada mais é que uma espécie de modulação dos efeitos da decisão judicial.

109. CARRAZZA, Roque Antonio, “Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais”, cit., p. 55.

110. Expressões utilizadas por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Irretro-atividade e jurisprudência judicial”, cit., p. 24).

111. SILVA, Celso de Albuquerque. Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação, cit., p. 295.

CAPÍTULO XII

COISA JULGADA

Sumário • 1. Considerações iniciais – 2. Coisa julgada formal e coisa julgada material – 3. Pressupostos da coisa julgada material – 4. Acções – 5. Regime jurídico da coisa julgada material; 5.1 Limites objetivos; 5.2. Limites subjetivos; 5.3. Modo de produção – 6. Coisa julgada nas acções de estado – 7. Efeitos da coisa julgada; 7.1. Observação inicial; 7.2. Efeitos negativo e positivo; 7.3. Efeito preclusivo ou eficácia preclusiva da coisa julgada; 7.4. Efeitos da coisa julgada penal na esfera cível (e vice-versa) – 8. Coisa julgada e relações jurídicas continuativas (art. 471, CPC) – 9. Instrumentos de revisão da coisa julgada – 10. Relativização da coisa julgada – 11. Coisa julgada e incidente processual.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Preenchidos os requisitos processuais de admissibilidade, a situação jurídica submetida à apreciação do Poder Judiciário por intermédio da demanda deve ser examinada e decidida, acolhendo-se, ou não, o pedido formulado.

Normalmente, garante-se aos interessados a possibilidade de impugnar essa decisão judicial, seja por recurso, seja por outro meio de impugnação.

Sucedendo que a *impugnabilidade* das decisões não pode ser *irrestrita*; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação).

De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e o julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada.

Resgatando lições de Savigny, o paranaense MONIZ DE ARAGÃO ratifica que: “A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano, consiste em, primeiro, submeter a sentença a reexame perante órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fôra ela pronunciada”.¹

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo Estado Democrático de Direito, encontrando consagração expressa, em nosso ordenamento, no art. 5º, XXXVI,

1. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992, p. 189.

CF. Garante ao jurisdicionado que a decisão final dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário².

A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida.

Propalavam os glosadores, com certa dose de exagero, o dístico de Scassia: “A coisa julgada faz do branco preto; origina e cria coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços de sangue e transforma o falso em verdadeiro”³.

Em que pese o seu *status* constitucional, cabe ao legislador infraconstitucional traçar o perfil dogmático da coisa julgada. É possível que o legislador, em juízo de ponderação, não atribua a certas decisões a aptidão de ficar imutáveis pela coisa julgada, ou, ainda, exija pressupostos para a sua ocorrência mais ou menos singelos/rigorosos. Note-se, por exemplo, que, no âmbito penal, é possível a revisão da coisa julgada a qualquer tempo em benefício do condenado. O que não se admite, em nosso sistema, é a proscrição total da coisa julgada (o que descaracterizaria o exercício da função jurisdicional) ou a sua revisão por lei superveniente.

2. COISA JULGADA FORMAL E COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada é a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial.

Mas essa imutabilidade pode restringir-se aos limites do processo em que a decisão foi proferida ou projetar-se para além deles. Daí decorre a diferença essencial entre a coisa julgada formal e material.

A *coisa julgada formal* é a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso

2. “(...) trata-se de princípio agregado a o Estado Democrático de Direito, porquanto para que se possa dizer, efetivamente, esteja este plenamente configurado é imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança e orientação e realização do direito. Assim considerado o princípio, nota-se que é irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no art. 5.º, inc. XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel García. *Dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 22).

3. Trata-se de conhecida lição, relembada e criticada por Eduardo Couture por seus excessos, em obra clássica para o Direito Processual Civil. A despeito de suas fundadas críticas, o autor reconhece que “a evolução legislativa, dia a dia se acentua no sentido de uma marcha rapidamente acelerada em busca de uma sentença que decida de uma vez por todas e de maneira definitiva o conflito pendente”. (*Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, p. 329 e 332).

cabível. Trata-se de fenômeno endoprocessual, decorrente da irrecorribilidade da decisão judicial. Revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão⁴ – instituto já devidamente estudado em capítulo respectivo no v. 1 *deste curso* –, constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a *preclusão máxima* dentro de um processo jurisdicional⁵. Também chamada de “trânsito em julgado”.

Interessa, contudo, neste capítulo, o exame da coisa julgada material – fenômeno mais abrangente e que repercute de forma mais incisiva na estabilidade das relações jurídicas.

A *coisa julgada material* é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.

Perceba-se, contudo, que a coisa julgada formal é um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material. Em outros termos, a coisa julgada material tem como pressuposto a coisa julgada formal.⁶

Muito interessante e coerente é o pensamento de LUIZ EDUARDO MOURÃO que distingue preclusão e coisa julgada formal de maneira bastante original. Para o autor, coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo), que se refere às decisões cujo conteúdo é processual (art. 267 do CPC), em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito (art. 269 do CPC), distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). A distinção entre coisa julgada *formal* e *material* teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra torna indiscutível

4. Sobre a relação entre preclusão e coisa julgada, CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 446-461. “O que temos, em realidade, é dois termos para se designar a mesma situação (comportamento não recomendável em ciência)”. (MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. *Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 203.)
5. Malgrado reconheça tratar-se do entendimento de Liebman, seguido pela doutrina maciça, Ada Pellegrini Grinover, ao comentar e atualizar a obra do autor italiano, defende que não se pode confundir coisa julgada formal com preclusão: “(...) a coisa julgada formal e a preclusão são dois fenômenos diversos na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente”. (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68.)
6. “Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto da distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial (ou material) (...) no primeiro caso tem a sentença efeito meramente interno no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo, porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este” (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 56).

(o que dá coerência à adjetivação do instituto: formal é a coisa julgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito)⁷.

Esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art. 268 do CPC, estudado no v. 1 deste curso, em que se veda a repropositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução de mérito – recomendamos a leitura do que ali se disse a respeito do assunto. Para o mencionado autor, o caso é de coisa julgada formal, e não de mera preclusão, pois projeta efeitos para *fora* do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer outro. Esse pensamento também explicaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão terminativa, nos casos subsumidos ao art. 268 do CPC, que estão examinados no v. 3 deste *Curso*⁸. Esta lição, ainda, confirma o que foi dito no v. 1, em trecho que precisa ser transcrito: “Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem *status* semelhante aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito”. Trata-se de lição que, por sua coerência e utilidade, merece ser difundida.

3. PRESSUPOSTOS DA COISA JULGADA MATERIAL

Para que determinada decisão judicial fique imune pela coisa julgada material, deverão estar presentes quatro pressupostos: a) há de ser uma *decisão jurisdicional* (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que *versar sobre o mérito* da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em *cognição exauriente*; d) tenha havido a *preclusão máxima* (coisa julgada formal).

Somente decisões de mérito estão aptas a ficar imunes com a coisa julgada. Reputam-se decisões de mérito aquelas em que o magistrado resolve o objeto litigioso (lide, mérito, pedido/causa de pedir), proferidas, com base em um dos incisos do art. 269 do CPC (decisões que certifiquem a existência ou inexistência de algum direito). O legislador brasileiro optou por restringir a ocorrência da coisa julgada material a tais decisões, conforme a letra do art. 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

7. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Ensaio sobre a coisa julgada civil (sem abranger as ações coletivas)*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 107-108.

8. SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2 ed. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2001, p. 501; YARSELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 163-164. Também nessa linha, TFR. 2ª. Seção, AR n. 1.501/RJ, rel. Min. Eduardo Ribeiro. Em sentido contrário, não admitindo a rescisória nessa situação, acórdão do STF, AR n. 1.056-6/GO, rel. Min. Octávio Gallotti, publicado no DJU 25.05.2001 e na *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 104, p. 263-272.

Discute-se muito a ocorrência de coisa julgada material proveniente de processo cautelar ou de processo de execução. Não examinaremos, neste momento, a controvérsia. O tema será abordado com a profundidade necessária nos volumes deste *Curso* dedicados ao estudo da tutela cautelar e da tutela executiva. De logo, no entanto, podemos antecipar o nosso posicionamento: é possível que decisões, proferidas naqueles ambientes, sejam imunizadas pela coisa julgada material, desde que respeitados os pressupostos neste item examinados, e partindo-se da premissa de que o processo de execução e o processo cautelar têm os seus próprios méritos e admitem cognição exauriente⁹.

Não basta, porém, que se trate de uma decisão de mérito. É necessário que o mérito tenha sido examinado em cognição exauriente (ver capítulo sobre a teoria da cognição no volume I deste *Curso*). Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas. É por isso que uma decisão que antecipa a tutela, fundada em cognição sumária, não fica imune com a coisa julgada material.

Mas não é só.

É necessário que tenha havido, também, a chamada coisa julgada formal. Consiste ela no fenômeno da imutabilidade da decisão judicial no próprio processo em que foi proferida, em razão da preclusão das possibilidades de impugnação. Como já dito, a coisa julgada formal é degrau que se deve subir para alcançar-se a coisa julgada material¹⁰. Trata-se de pressuposto exigido, também, por expresso texto legal, *in casu*, o art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a

9. Admitindo coisa julgada na execução, por exemplo, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”. *Processo e constituição – estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Teresa Wambier, Luiz Fux e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 371. Admitindo coisa julgada no processo cautelar, por exemplo: “Ouso dizer, e que me perdoem o atrevimento, que as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alterações nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior, pode legitimar a postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Oceridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1984, v. 10, p. 237.)
10. “Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto da distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial (ou material). É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 60, grifos meus) Também assim, com proveito, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 485.

eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Por fim, ressalte-se, qualquer espécie de decisão judicial que preencha os pressupostos acima listados está apta a fazer coisa julgada: decisão interlocutória – como, por exemplo, aquela que julgar antecipadamente parte da demanda (art. 273, § 6º, CPC) ou se limita a julgar antecipadamente a demanda reconventional –, sentença, decisão unipessoal de membro de tribunal e acórdão. Pouco importa o nome da decisão, desde que preencha os mencionados pressupostos.

4. ACEPÇÕES

Subsistem, na doutrina, diferentes acepções sobre o instituto da coisa julgada. Destacam-se as seguintes: 1) a coisa julgada como *um efeito da decisão*; 2) a coisa julgada como *uma qualidade dos efeitos da decisão*; 3) e a coisa julgada como *uma situação jurídica do conteúdo da decisão*.

A primeira corrente doutrinária, perfilhada por HELLWIG, ROSENBERG (dentre outros inúmeros autores alemães)¹¹, PONTES DE MIRANDA,¹² OVIDIO BAPTISTA¹³ e ARAKEN DE ASSIS¹⁴ etc., sustenta ser a coisa julgada *um efeito da decisão*.

Esta concepção, de forte influência alemã¹⁵, restringe a coisa julgada ao elemento (efeito ou eficácia) declaratório da decisão. A carga declaratória da decisão seria imutável, indiscutível, defendem, pois nada apaga aquilo que o juiz declarou¹⁶. Confinam a autoridade da coisa julgada à pura declaração de existência (ou inexistência) de um direito; seria uma força vinculante desta declaração que a torna obrigatória e indiscutível¹⁷.

11. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 22.

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, 157.

13. SILVA, Ovidio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 81.

14. ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 243.

15. “Não faltará quem recorde, ao propósito, a estrutura do *nomen iuris* correspondente, na linguagem jurídica alemã, à “declaração”: *Feststellung*, de *Stellung* (posição, colocação) e *fest* (firme, sólida)...” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 82)

16. “(...) a coisa julgada restringe-se a uma eficácia, proveniente da inimpugnabilidade, que recobre a força ou o efeito declaratório da sentença, porquanto somente a declaração se revela, na prática, imutável e indiscutível”. (ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo* cit., p. 243).

17. Ovidio Baptista é incisivo em seu posicionamento, ressaltando que “as sentenças podem ter múltiplas eficácias e o fato de que a *imutabilidade* que protege a decisão jurisdicional, identificável com a coisa julgada material, só se refere ao efeito declaratório da sentença”. (SILVA, Ovidio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*, cit., p. 81). Ainda assim, Pontes de Miranda: “O que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz (...) Consiste em vincular as partes à declaração” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 157).

LIEBMAN, sintetizando o pensamento de HELLWIG, expõe que, segundo o autor, “(...) os atos, mediante os quais os órgãos jurisdicionais cumprem seu mister, são ou atos declarativos ou atos constitutivos, e, estes últimos devem abranger tanto as sentenças constitutivas em sentido estrito (...) como as sentenças condenatórias que criam o direito à execução forçada; mas as sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram, ainda, uma declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem a ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele possa se produzir. O termo tradicional de ‘coisa julgada’ (*Rechtskraft*) poderia e deveria então substituir-se pelo mais preciso de ‘eficácia da declaração’ (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório (...)”.¹⁸

A segunda corrente, capitaneada por LIEBMAN, que apanha a maior parte da doutrina brasileira tradicional – dentre outros, CÂNDIDO DINAMARCO¹⁹, ADA PELLEGRI, MOACYR AMARAL SANTOS²⁰, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA²¹ –, define a coisa julgada como uma *qualidade dos efeitos da decisão*. Seria a imutabilidade que acoberta os efeitos da decisão judicial.

LIEBMAN, censurando a concepção alemã, afirma que não se pode confundir os efeitos da sentença – mais precisamente o efeito declaratório – com a autoridade da coisa julgada (imutabilidade que qualifica esses efeitos). A coisa julgada não é um efeito (declaratório) da sentença, mas, sim, o modo como se produzem, como se manifestam os seus efeitos em geral (não só o declaratório, como todos os outros). “Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica”²²⁻²³.

18. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. cit., p. 21. Conferir, ainda, a resenha de BARBOSA MOREIRA sobre a concepção de HELLWIG (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”, cit., p. 81 e 82).

19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 3, p. 303 e 304.

20. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 57 e 58.

21. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Dogma da coisa julgada*, cit., p. 19 e 20.

22. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. cit., p. 23.

23. Não obstante seus seguidores digam que para LIEBMAN coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da decisão, em suas precisas palavras, depreende-se mais, que seria uma qualidade não só dos efeitos como do conteúdo da decisão, tal como no seguinte excerto: “Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a *definitividade* e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”. (LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51).

A despeito das colocações do mestre italiano, o CPC/73, em seu art. 467, adotou a concepção alemã²⁴. Isso porque a redação inicial do Anteprojeto do CPC/73 elaborada por ALFREDO BUZUID – dileto discípulo de Liebman – foi rejeitada, optando o legislador por definir a coisa julgada como eficácia (doutrina alemã) e, não, qualidade (doutrina liebmaniana)²⁵⁻²⁶.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA discorda. Para o autor, este é um “problema” (incorporação legislativa da concepção alemã) que existe na lei italiana, mas não em nosso ordenamento.

Afirma que o art. 2.090, do *Codice Civile* italiano, em sua literalidade, encampa a acepção tedesca, ao falar na imutabilidade do “accertamento contenuto nella sentenza”. E isso faz com que a doutrina italiana se empenhe em dar-lhe uma interpretação extensiva para dispor que: “o que faz coisa julgada (material) é a declaração, e por via de consequência tornam-se igualmente indiscutíveis os outros elementos (constitutivo, condenatório) acaso presentes na sentença”.

Mas na legislação brasileira, diz o autor, não existiria essa dificuldade. BARBOSA MOREIRA fecha os olhos para a redação do art. 467, CPC, e afirma que, “nos termos do art. 468, do Código de Processo Civil, ‘a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem a força de lei nos limites da lide e das questões decididas’. ‘A sentença’, reza o texto, não ‘a declaração contida na sentença’: a sentença, pois, na sua integridade enquanto ato decisório, com todos os elementos do *decisum*. Nenhum outro dispositivo legal, de modo explícito ou implícito, aponta em sentido contrário. Por que, então, importarmos um problema que não existe, e uma solução que não satisfaz?”.

Para o festejado processualista carioca, como se verá a seguir, a imutabilidade recai sobre o conteúdo da sentença (com todos os seus elementos) e, não, sobre seus efeitos. E seu entendimento seria o adotado no art. 468, CPC²⁷.

-
24. “É fácil constatar que a verba legislativa, ao fim e ao cabo, não se atreveu a consagrar a inviolável imutabilidade dos ‘efeitos’, cerne da teoria liebmaniana, e, sim, optou pela mais exata construção alemã”. “Não parece correto, à vista do art. 467, afirmar que vigora a doutrina de Liebman. Não obstante, curiosamente, os processualistas brasileiros apregoam as virtudes da ‘imutabilidade dos efeitos’, fazendo *tabula rasa* da lei (...). (ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 242 e 243). No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, cit., p. 196.
 25. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. cit., p. 65.
 26. “No Anteprojeto elaborado por Alfredo Buzaid (art. 507) e no Projeto submetido ao Congresso Nacional (art. 471), definia-se a coisa julgada material como ‘a eficácia, que torna imutável e indiscutível o *efeito* da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’. Por força de emenda apresentada no Senado Federal, passou a redação a ser a que hoje se vê no art. 467 do Código, onde os atributos ‘imutável’ e ‘indiscutível’ se ligam à própria sentença, e não ao seu efeito. Julgamos acertada a modificação” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. *Temas de Direito Processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 108).
 27. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”, cit., p. 84 e 85.

Demais disso, este ensinamento liebmaniano é duramente criticado por corrente doutrinária, que sustenta, invariavelmente, que os efeitos da decisão (condenação, constituição etc.) não são imutáveis, mas, sim, disponíveis e modificáveis. Não tendem a durar perpetuamente os efeitos da decisão passada em julgado. É o que se constata com exemplos elementares.

Ora, a sentença que condena dá ensejo à execução (efeito executivo), sendo que esse efeito não se eterniza: a) pode não se implementar – se o devedor paga, por exemplo, ou se o credor abre mão de executar a decisão; b) esgotar-se – realizada a execução forçada, não restarão vestígios de tal efeito; c) ou, até mesmo, sofrer alterações – o que ocorre com a modificação das medidas de execução impostas, na forma do art. 461, CPC.

Esse mesmo raciocínio aplica-se às decisões constitutivas, afinal a modificação jurídica decretada pela sentença pode não operar-se. As partes podem, voluntariamente, restabelecer a situação anterior – dando cumprimento a um contrato resolvido judicialmente ou reconciliando-se mesmo com o divórcio decretado, por exemplo.

Isso sem falar nas decisões meramente declaratórias, pois as partes podem facilmente travar uma relação jurídica já declarada inexistente em juízo, ou pôr fim a uma relação reconhecida judicialmente – dando fim aos efeitos da certificação judicial²⁸.

“Se, no tráfico jurídico, uma coisa parece normal quanto à vida das sentenças providas de *autoritas rei iudicate*, consiste ela na ampla e irrefreável alterabilidade dos ‘efeitos’. O que proíbe ao credor remitir a dívida do devedor após uma condenação, supostamente ‘imutável’, proveniente da coisa julgada? Ou aos cônjuges, separados através de demanda de força constitutiva negativa, de se reconciliarem (...), restabelecendo, contrariamente ao sucedido em divórcio, o próprio casamento desfeito? Essas situações além de possíveis, se revelam frequentes na prática”.²⁹

A terceira e última corrente refere-se à coisa julgada como uma *situação jurídica do conteúdo da decisão*. Consistiria na imutabilidade do conteúdo da decisão, do seu comando (dispositivo), que é composto pela norma jurídica concreta. Não há que falar em imutabilidade dos seus efeitos, vez que estes podem ser, como já exposto e exemplificado, disponíveis e, pois, alteráveis. Trata-se do entendimento

28. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”. *Temas de Direito Processual*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 109.

29. ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*, cit., p. 238.

de doutrina autorizada, como MACHADO GUIMARÃES e BARBOSA MOREIRA³⁰. Parece-nos o mais adequado.

“Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial. (...) Em determinado instante, pois, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de imutável que era, faz-se imutável — e porque imutável, faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar”.³¹ “Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade, ‘com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada’, não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida”.³²

Reunindo o que há de relevante nas teorias acima expostas, e partindo, como sempre, das noções básicas da teoria geral do direito, entendemos que a *coisa julgada* é um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. *E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão*, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito.

Embora um tanto diversa da visão aqui apresentada, é bem interessante o posicionamento de EDUARDO TALAMINI, que reputa a coisa julgada um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença — “vale dizer, um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona com mero fato jurídico. (...) o que se propõe não é considerar a coisa julgada como um efeito da sentença, mas, sim, como efeito do trânsito em julgado da sentença”³³. A lição do autor serve exatamente para demonstrar que o papel da decisão judicial, no surgimento da coisa julgada, é compor, como um dado de fato, o substrato fático para que a situação jurídica surja.

É preciso, ainda, relembrar a concepção de Luiz Eduardo Mourão, para quem a *coisa julgada* é a indiscutibilidade da decisão, sendo *formal*, se a decisão tiver por conteúdo o juízo de admissibilidade do processo, e *material*, se a decisão for de mérito.

30. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”, cit., p. 88 e 89. Daniel Mitidiero entende que a coisa julgada é uma qualidade do conteúdo da sentença, mas apenas do seu elemento declaratório: não é um efeito da sentença, não é uma qualidade dos efeitos e nem é qualidade de qualquer conteúdo, mas apenas do elemento declaratório da sentença. (MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, cit., p. 199-200)

31. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, cit., p. 107.

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, cit., p. 110.

33. TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 45.

5. REGIME JURÍDICO DA COISA JULGADA MATERIAL

Considera-se regime jurídico da coisa julgada o conjunto de normas jurídicas que estruturam, fisiologicamente, o fenômeno coisa julgada, dando-lhe feições, contornos, características próprias. Trata-se do seu perfil dogmático.

O regime jurídico da coisa julgada é visualizado a partir da análise de três dados: 1) os *limites subjetivos* – quando se examina *quem* se submete aos seus efeitos; 2) os *limites objetivos* – momento em que se investiga *o que* se submete aos seus efeitos; 3) e o *modo de produção* – analisando-se *como* ela se forma.

5.1. Limites objetivos

Como já visto, em capítulo precedente, a decisão é ato jurídico que contém, em seu bojo, uma norma jurídica individualizada criada pelo Poder Judiciário, estabelecida no dispositivo da sentença.

Somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme o art. 468, CPC). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa julgada (art. 469, CPC), pois se trata de decisão sobre questões incidentes.

BARBOSA MOREIRA bem exemplifica: “X propõe contra Y ação de despejo, alegando que o locatário cometeu infração contratual grave, consistente em danificar o prédio alugado. O pedido é julgado procedente, por ter-se o juiz convencido da verdade do fato (danificação do prédio). Tampouco fica esse motivo – solução da *quaestio facti* – coberto pela autoridade da coisa julgada: em processo posterior, no qual X venha pleitear de Y a indenização do prejuízo sofrido, poderá o órgão judicial rejeitar o pedido, entendendo que não ficou provado o fato da danificação”³⁴.

Mas a solução para esse problema nem sempre foi tranquila. O estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada foi alvo de vetusta e intensa polêmica na dogmática processual.

O legislador, ao redigir o art. 287 do CPC-39, inspirou-se no art. 290 do Projeto Italiano (obra de Carnelutti), mas, ao traduzi-lo, acabou por deformá-lo. Isso gerou dificuldades interpretativas e fez com que muitos doutrinadores defendessem que o dito dispositivo estenderia a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais – assim entendidas como aquelas de cuja solução dependerá não a *possibilidade*

34. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 93.

nem a *forma* do pronunciamento sobre a outra questão, mas o *teor mesmo* desse pronunciamento (ex.: o reconhecimento da dívida principal na ação que se cobram juros; reconhecimento da paternidade na ação que se cobram alimentos)³⁵.

Sucedo que a questão prejudicial abordada e julgada em um *decisum* só fará coisa julgada se for colocada *principaliter* – já na própria petição inicial ou por meio de ação declaratória incidental (art. 325 do CPC). Se for tratada como simples fundamento na demanda, *incidenter tantum* – em outras palavras, como questão incidental –, a solução da questão prejudicial não terá aptidão para ser acobertada pela coisa julgada material (art. 469, III, CPC).

Assim, no CPC-73, o legislador corrigiu o equívoco. No art. 468, reproduziu, sem distorções, a regra carneluttiana, para dispor que: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem a força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Perceba-se, prescreve o texto normativo que a sentença tem força de lei nos *limites da lide* decidida. A lide decidida é aquela levada a juízo através de um pedido da parte, colocado como questão principal. Logo, resta evidente que, de acordo com esse artigo, a autoridade da coisa julgada só recai sobre a parte da decisão que julga a questão principal, ou seja, sobre a norma jurídica concreta contida no seu dispositivo.

Não se pode esquecer, porém, que a questão principal (o objeto litigioso) compõe-se, normalmente, do conjunto pedido+causa de pedir apresentado pelo demandante – conforme visto no v. I deste *Curso*.

Mas se o demandado exerceu um contradireito em sua defesa, o objeto litigioso alarga-se e passa a ser o conjunto das afirmações de existência de um direito feitas pelo autor e pelo réu. Resumidamente, no caso em que o réu exerce um contradireito, o mérito do processo (objeto da coisa julgada) é a soma de dois binômios, que pode expressar-se da seguinte maneira: afirmação do direito pelo demandante (pedido + causa de pedir) + afirmação do contradireito pelo demandando (pedido + causa da exceção). Enfim, a decisão do juiz sobre a afirmação do contradireito, por se tratar de decisão sobre o mérito da causa, torna-se indiscutível pela coisa julgada material.³⁶⁻³⁷

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil”, cit., p. 90.

36. Reversos, assim, a concepção defendida até a 13ª edição deste volume, em que seguíamos a concepção de que o objeto litigioso do processo seria composto apenas pelo pedido e pela causa de pedir contidos na petição inicial.

37. No sentido do texto, MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile: della competenza; principii generali della procedura*. 2 ed. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.], v. II, p. 104 e segs.; DENTI, Vitorio. L’eccezione nel processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milão: Giuffrè, ano XV. p. 36 e seguintes, 1961; MESQUITA, Luis Miguel de Andrade.

Demais disso, os arts. 469 e 470 do CPC deixaram claro que questões deduzidas e examinadas incidentalmente não ficarão imunes pela coisa julgada:

Art. 469. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

5.2. Limites subjetivos

É preciso saber, ainda, *quem* está submetido à coisa julgada. Trata-se de examinar os seus *limites subjetivos*. Nesse aspecto, a coisa julgada pode operar-se *inter partes*, *ultra partes* ou *erga omnes*.

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só se impõe para aqueles que figuraram no processo como parte.

Em nosso sistema, é a regra geral, consagrada no art. 472, CPC, que dispõe que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Este dispositivo do CPC inspirou-se nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, XXXV, LIV e LV, CF). Isso porque, segundo o espírito do sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório³⁸.

Reconvenção e exceção no processo civil, o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir. Coimbra: Almedina, 2009, p. 254. Recomendável, ainda, a consulta à obra de Heitor Sica, que defende uma visão ainda mais ampla da participação do réu na formação do objeto da coisa julgada – para o autor, a contestação do réu, em qualquer caso, é uma ação declaratória por ele proposta, que deve ser examinada pelo juiz como questão principal (SICA, Heitor. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245). Em sentido *diverso*, entendendo que a afirmação da exceção substancial não compõe o objeto litigioso. ORIANI, Renato. *Eccezione. Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Turim: UTET, 1991, v. VII, p. 281). Também assim: COLESANTI, Vittorio. *Eccezione* (dir. proc. civ.). *Enciclopedia del diritto*. Padova: CEDAM, 1965, v. XIV, item 14; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 49.

38. EDUARDO TALAMINI, defendendo ser a regra do art. 472 do CPC, um desdobramento de princípios constitucionais, tendo seguido, o legislador, parâmetros da própria Constituição, assinala que “a limitação em discurso é balizada pela confluência de uma série de garantias fundamentais: inafastabilidade da tutela jurisdicional, o devido processo legal, o contraditório, e a ampla defesa (CF, art. 5.º, XXXV, LIV e LV).

Mas há exceções a esta regra em nosso ordenamento. São casos em que a coisa julgada pode beneficiar ou prejudicar terceiros.

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge não só as partes do processo, como também *determinados* terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os. Pode ocorrer em inúmeras hipóteses.

São exemplos os casos de substituição processual, em que o substituído, apesar de não ter figurado como parte na demanda, terá sua esfera de direitos alcançada pelos efeitos da coisa julgada³⁹.

Em sentido diverso, não admitindo a regra de extensão da coisa julgada ao substituído, que somente ocorre em hipóteses específicas, em respeito ao devido processo legal, Eduardo Talamini⁴⁰. Para o autor, alguns critérios devem ser observados para que haja essa extensão: “(i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído...; (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja, (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído

Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio: ele estaria sendo proibido de pleitear tutela jurisdicional relativamente àquele objeto, sem que antes tivesse ido a juízo. Portanto, isso implicaria igualmente privação de bens sem o devido processo legal. Haveria uma frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar” “(Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. Fredie Didier Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 203).

39. “O que caracteriza a legitimidade extraordinária, não só no processo, como, também, nos demais campos do direito, é a possibilidade de atos do assim legitimado influírem na esfera patrimonial alheia” (ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 128). Assim, também, TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 83; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 502; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. “Estudo sobre a substituição processual no direito brasileiro”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1972, n. 438; OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: RT, 1971, p. 169; DELGADO, José Augusto. “Aspectos controvertidos da substituição processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1987, n. 47, p. 13; ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, v. 1, p. 441-442. Para Leonardo Greco, a coisa julgada, oriunda de processo conduzido por substituto processual, somente se estende ao substituído *secundum eventum litis et in utilibus* (*Teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 41).
40. “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, p. 222-225. Também assim. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: AIDE. 1992, p. 302.

fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente”.

Nesse mesmo contexto, tem-se o caso de substituição processual ulterior decorrente da alienação de coisa litigiosa, consagrado no art. 42, §3º, CPC, segundo o qual a sentença acobertada pelo manto da coisa julgada *atingirá* não só as partes originárias do processo, mas também o *terceiro que seja adquirente ou cessionário do direito ou coisa litigiosa*. Ocorre, aqui, uma legitimação extraordinária superveniente, sendo o alienante/cedente a parte substituta, e o adquirente/cessionário, o terceiro substituído. Esse fenômeno somente ocorrerá se o terceiro adquirente não suceder o alienante; se o terceiro ingressar no processo no lugar do cedente ou intervier na qualidade de assistente (art. 42, § 2º, CPC), a coisa julgada se lhe estende normalmente, sem qualquer particularidade, tendo em vista que, dessa forma, o terceiro transformar-se-ia em parte.

EDUARDO TALAMINI confere tratamento distinto ao terceiro adquirente/cessionário (por ele denominado sucessor) caso ele tenha ou não ciência da pendência do processo. “Uma vez reconhecida a boa-fé (objetiva) do sucessor, *i. e.*, a ausência de ciência do processo, deverá ele ser tratado como terceiro, ficando alheio à autoridade da coisa julgada no processo em curso. Já na hipótese oposta, tratando-se de alienação a título particular por ato *inter vivos*, incide a regra do art. 42. O sucessor apenas ingressará no processo no lugar da parte que lhe transferiu o bem ou a relação, se o adversário concordar. Não havendo essa concordância, prosseguirá o alienante (ou cedente) figurando como parte no processo – então como *substituto processual* do sucessor (o qual poderá, então, figurar apenas como assistente do alienante ou cedente). Mas o fundamental é que, quer nessa hipótese, quer no caso em que o adversário concorda com o ingresso do adquirente (ou cessionário), este ficará sujeito à autoridade da coisa julgada: no primeiro caso, porque figurou, mesmo, como parte; no segundo, porque foi substituído pelo alienante (ou cedente)”.⁴¹

Tem-se, ainda, coisa julgada *ultra partes* nos casos de legitimação concorrente. O sujeito colegitimado para ingressar com uma ação (detentor de legitimação concorrente), que poderia ter sido parte no processo, na qualidade de litisconsorte unitário facultativo ativo, mas não foi, ficará vinculado aos efeitos da coisa julgada produzida pela decisão proferida na causa – hipótese esta polêmica na doutrina brasileira.⁴²

41. “Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)”. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins, cit., p. 221.

42. A favor da extensão da coisa julgada ao colegitimado, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente”. In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 273-294; *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 143-145; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001, p. 229. Discordam deste posicionamento, por exemplo, TALAMINI, Eduardo. “Partes, terceiros e

Muitos autores sustentam que a extensão *ultra partes* da coisa julgada aos colegitados que não figuraram no processo afronta as garantias do devido processo legal, inafastabilidade da jurisdição, contraditório e ampla defesa.

No primeiro volume deste curso, sugeriu-se uma interpretação extensiva do art. 47, parágrafo único do CPC, para admitir-se que o magistrado determine de ofício que o autor da ação promova a intimação dos detentores de legitimidade concorrente que não estejam no polo ativo da relação processual para que, caso queiram, participem da demanda. Seria, então, uma modalidade de intervenção *inssu iudicis*.

Também há coisa julgada *ultra partes* na hipótese de decisão favorável a um dos credores solidários, que se estende aos demais nos termos do art. 274 do CC-2002.

Não se poderia deixar de mencionar a existência de coisa julgada *ultra partes* nas ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito, conforme a letra do art. 103, II, CDC. A coisa julgada formada nestas ações não se limita a atingir as partes originárias do processo, alcançando, também, todos os membros da categoria, classe ou grupo, que são ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base⁴³. A coisa julgada coletiva será tratada no volume 4 desta coleção, inteiramente dedicado ao processo coletivo.

A coisa julgada *erga omnes*, por fim, é aquela cujos efeitos atingem a *todos* os jurisdicionados – tenham ou não participado do processo. É o que ocorre, por exemplo, com a coisa julgada produzida na ação de usucapião de imóveis, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneos (art. 103, I e III do CDC) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Não é demais alertar que há quem não diferencie a coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *erga omnes*,⁴⁴ o que não é de todo equivocado: de fato, uma coisa julgada nunca submete todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa, poderiam ser atingidos pela decisão. Consideramos, contudo, oportuno fazer a distinção, que de resto é feita pelo direito positivo.

coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada)". *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004. p. 210-211;

43. Conferir ensinamentos de GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 856.

44. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.108-112.

5.3. Modo de produção

Quanto ao seu modo de produção, há três diferentes tipos de coisa julgada.

Em primeiro lugar, temos a coisa julgada *pro et contra*, que é aquela que se forma independentemente do resultado do processo, do teor da decisão judicial proferida. Pouco importa se de procedência ou de improcedência, a decisão definitiva ali proferida sempre será apta a produzir coisa julgada. *Essa é a regra geral do nosso Código de Processo Civil.*

Em segundo lugar, temos a coisa julgada *secundum eventum litis* que é aquela que somente é produzida em um dos possíveis resultados da demanda, procedente ou improcedente. Por exemplo: o legislador determina que apenas nos casos de procedência haverá coisa julgada material. Este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma *desigual*, colocando uma delas em posição de flagrante desvantagem, já que a coisa julgada dependerá do resultado. É o caso da coisa julgada no processo penal: a sentença condenatória sempre pode ser revista em favor do réu. Não parece haver exemplo no processo civil.

Em terceiro e último lugar, subsiste em nosso sistema a coisa julgada *secundum eventum probationis* que é aquela que só se forma em caso de esgotamento das provas – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com suficiência de provas a decisão judicial só produzirá coisa julgada se forem exauridos todos os meios de prova. Se a decisão proferida no processo julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não formará coisa julgada. No regime geral (*pro et contra*), a improcedência por falta de provas torna-se indiscutível pela coisa julgada. São exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: *a*) ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC); *b*) ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4.717/1965); *c*) o mandado de segurança, individual ou coletivo (art. 19 da Lei Federal n. 12.016/2009).

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS entende que a coisa julgada produzida em ação de investigação de paternidade só pode ser *secundum eventum probationis*, a despeito da inexistência de regramento expresso neste sentido⁴⁵. No STJ, encontram-se alguns

45. “Um alento ao futuro: novo tratamento da coisa julgada nas ações relativas à filiação”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 67-68. Com consequências práticas e fundamentos semelhantes, peculiar é a solução proposta por MARIA BERENICE DIAS, que defende a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual necessário ao eficaz desenvolvimento do feito, quando não houver prova suficiente nas ações

julgados que admitem que a coisa julgada seja *secundum eventum probationis*⁴⁶ e outros que defendem tratar-se da tradicional coisa julgada *pro et contra*⁴⁷.

investigatórias. ("Investigação de Paternidade, Prova e Ausência de Coisa Julgada Material". *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, 1999, n. 01, p. 18-21).

46. "Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no recatado do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum". (STJ, 4ª T., RESP n. 22.6436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 28.06.2001, publicado no DJ de 04.02.2002, p. 370). Em sentido semelhante, STJ, 4ª T., Respn. 330.172/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 18.12.2001, publicado no DJ de 22.04.2002, p. 213.

47. "Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de processo civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código e revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso Especial conhecido e provido". (STJ, 3ª T., Resp n. 107.248/GO, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 07.05.1998, publicado no DJ de 29.06.1998, p. 160.)

Em maio de 2008, a 2ª Seção do STJ, nos autos do Resp n. 706.987, extinguiu sem exame de mérito ação de investigação de paternidade proposta por gêmeos, sob o argumento de que já havia coisa julgada formada em ação pretérita (decidida em 1969), ainda que não embasada em exame de DNA, inexistente há época. A prova pericial então existente (não fundada em DNA) detectou a impossibilidade de o réu ser o pai dos autores. A improcedência não se assentou em falta de provas, mas no exame de provas periciais existentes na época. Quase quatro décadas mais tarde, os autores ingressaram com nova ação, requerendo o novo exame – agora, de DNA –, o que levou à seguinte conclusão dos ministros votantes: "Descoberta do DNA não justifica revisão de casos anteriores. No conflito entre o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, no qual se insere o direito de conhecer a sua origem, e o princípio da segurança jurídica da coisa julgada, venceu o segundo. (...)". Em um placar apertado, com cinco votos pela extinção da ação e quatro contra, os ministros da 2ª Seção entenderam que a segurança jurídica da coisa julgada não pode ser afastada para se rediscutir uma investigação de paternidade por conta do exame de DNA.

A maioria seguiu o relator Humberto Gomes de Barros, para extinguir a ação sem exame do mérito, em nome do princípio da segurança jurídica. Votaram com o relator os Ministros Asfor Rocha, Ari Pargendler, Menezes Direito e, enfim, o Ministro Aldir Passarinho Junior, que, após cinco pedidos consecutivos de

Existe, ainda, um projeto de lei visando regulamentar este entendimento. Trata-se do Projeto de Lei nº 116, de 2001, de autoria do Sen. Valmir Amaral, que, embora com algumas imperfeições técnicas, assim dispõe: “Art. 1. A ementa da Lei n. 8560/92 passa a ter a seguinte redação: ‘Regula a investigação de paternidade’. Art. 2º O art. 8º da Lei n. 8560/92 passa a ter a seguinte redação: (...) Parágrafo Único—A ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico (DNA), não faz coisa julgada. Art. 3. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação’.”

O STF admitiu a renovação de demanda de investigação de paternidade, que havia sido anteriormente rejeitada por ausência de provas. Consagrou, então, um caso de *relativização atípica da coisa julgada*. Mesmo sem dizer isto expressamente, o STF considerou como *secundum eventum probationis* a coisa julgada na investigação de paternidade (RE n. 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02.06.2011, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181134>).

6. COISA JULGADA NAS AÇÕES DE ESTADO

A parte final do art. 472 do CPC está assim redigida: “Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

A redação do dispositivo pode dar a *falsa impressão* de que, em ações de estado, a coisa julgada é *ultra partes*. Na verdade, a regra diz respeito ao litisconsórcio: em ações de estado, todos os interessados devem ser citados, para que a sentença seja válida e lhes possa ser eficaz. Impõe-se a necessidade do litisconsórcio em tais situações, de resto já extraível do art. 47 do CPC. Se todos os interessados forem citados, todos se submeterão à coisa julgada, porque terão sido parte no processo.

Nada demais, portanto, em tema de limite subjetivo da coisa julgada.

7. EFEITOS DA COISA JULGADA

7.1. Observação inicial

A coisa julgada produz três efeitos: o *positivo*, o *negativo* e o *efeito preclusivo*⁴⁸. É preciso, ainda, pincelar a repercussão da coisa julgada penal no âmbito cível.

7.2. Efeitos negativo e positivo

A coisa julgada produz um efeito negativo e um efeito positivo.

vista dos autos, desempatou o placar, sustentando que “ignorar o preceito da segurança jurídica da coisa julgada significa que a cada nova técnica ou descoberta científica seria necessário rever tudo que já foi apreciado, julgado e decidido”. E continuou, com seu voto de minerva, constatando que a questão consistia em privilegiar ou a busca da verdade familiar e pessoal ou a estabilidade jurídica, sendo esta última essencial: “Impossível, pois, afastar-se o próprio interesse público na segurança jurídica em detrimento do particular, ainda que este seja inequivocamente relevante. Relevante, porém não preponderante”.

48. Assim, corretamente, MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, cit., p. 204-205.

O *efeito negativo* da coisa julgada impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo⁴⁹.

O *efeito positivo* da coisa julgada determina que a questão principal já definitivamente decidida e transitada em julgado, uma vez retornando ao Judiciário como questão incidental (não principal, em virtude da vedação imposta pelo efeito negativo), não possa ser decidida de modo distinto daquele como o foi no processo anterior, em que foi questão principal.

O efeito *positivo* da coisa julgada gera, portanto, a vinculação do julgador de outra causa ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo. São casos em que a coisa julgada tem que ser levada em consideração pelos órgãos jurisdicionais.

Ovídio Baptista da Silva faz elucidativa distinção dos efeitos negativos e positivos da coisa julgada, nas seguintes palavras: “O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda”.⁵⁰

“Imagine-se que as partes em um dado processo – digamos, em uma ação confessória de servidão – hajam controvertido tanto a condição de proprietário dos prédios litigiosos quanto a existência propriamente dita do alegado direito real. Se a sentença reconhecer a procedência da ação, condenando o réu a tolerar o exercício do direito à servidão, não poderá o autor, por exemplo, numa demanda posterior que o réu primitivo lhe mova para exigir-lhe a construção de obras necessárias ao exercício da servidão, afirmar que ela não existe, quando sua existência fora determinada pela sentença anterior”.⁵¹

Exemplo elucidativo é da investigação de paternidade. O magistrado responsável pelo processamento e julgamento de uma ação de alimentos posterior fica vinculado ao quanto foi decidido na ação prévia de investigação de paternidade, não podendo inovar quanto à questão da paternidade já decidida *principaliter*. Outro exemplo

49. Bem o explicou ENRICO TULLIO LIEBMAN: “Se se admitir, com efeito (como procurei demonstrar), que os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão-só para torná-los imutáveis, claro é que a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença” (*Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 59).

50. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 500.

51. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed., v. 1, cit., p. 500.

de efeito *positivo* da coisa julgada é encontrado na fase de liquidação da sentença: o magistrado funda-se no que já foi decidido, não podendo desrespeitá-lo, para complementar a norma individualizada estabelecida na sentença.

7.3. Efeito preclusivo ou eficácia preclusiva da coisa julgada

Fala-se, ainda, no *efeito preclusivo* da coisa julgada.

Segundo o art. 474 do CPC, transitada em julgado a decisão definitiva da causa, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se arguidas e repelidas; tornam-se irrelevantes todos os argumentos e provas que as partes tinham a alegar ou produzir em favor da sua tese. Com a formação da coisa julgada, preclui a possibilidade de rediscussão de todos os argumentos – “alegações e defesas”, na dicção legal – que poderiam ter sido suscitados, mas não foram⁵². A coisa julgada torna preclusa a possibilidade de discutir o *deduzido* e torna irrelevante suscitar o que poderia ter sido deduzido (o *dedutível*).

Eis o *efeito preclusivo da coisa julgada*, chamado por alguns “*julgamento implícito*”.

Qualquer mudança que porventura se busque fazer na decisão transitada em julgado, em regra somente por rescisória será permitida. Perceba, inclusive, que as matérias de defesa na execução (art. 475-Le art. 741, ressalvados os respectivos incisos I, que permitem a querela nullitatis, e o §1º e par. único, que cuidam da revisão de sentença fundada em lei, ato normativo ou interpretação tidos pelo STF como inconstitucional), dizem respeito apenas a fatos posteriores ao trânsito em julgado da decisão.

Também já o disse BARBOSA MOREIRA: “Quer isso dizer que não é lícito ao devedor opor-se à execução com base em supostos fatos extintivos ou modificativos do crédito do exequente, salvo no caso de superveniência. A arguição dos que já antes existiam fica preclusa no processo de execução, pouco importando se foram ou não arguidos no de conhecimento, e também, quanto aos que não o foram, o motivo da omissão”.⁵³

Segue o pensamento de LIEBMAN na sua obra clássica: “Daí decorre uma limitação geral à atividade de indagação do devedor e do juiz, que assim se pode formular: todos os fatos que determinariam a discussão da existência da vontade concreta de lei afirmada na sentença, estão excluídos da indagação por se agasalharem sob

52. “A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 100).

53. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, cit., p. 108-109. “Sem dificuldade se entende, porém, que admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, frustrando em larga medida a finalidade prática do instituto”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”. cit., p. 98-99)

o julgado. No processo de oposição, como em qualquer processo subsequente ao em que se formou a coisa julgada, não se pode reduzir ou modificar o efeito por ela produzido: o que implica dizer que não se podem alegar nem só as exceções propostas no processo anterior, e a que o juiz desatendeu, mas também as que se poderiam propor e não se propuseram”.⁵⁴

A coisa julgada cria uma sólida armadura em torno da decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões de ordem pública podem ser arguidas.

Ressalvam-se, aqui, por óbvio, o erro material e o erro de cálculo, vez que a decisão que os contém não transita em julgado. Assim também, como se disse, as hipóteses de rescindibilidade da decisão transitada em julgado (art. 485, CPC), que evidenciam vícios e argumentos capazes de sobreviver até mesmo à eficácia preclusiva da coisa julgada.

A rejeição implícita de todas as alegações e defesas que poderiam ter sido sustentadas pelo réu é fácil de visualizar – até mesmo porquanto lhe caiba desincumbir-se do ônus da impugnação especificada, na forma do art. 302, *caput*, CPC, ressalvadas as hipóteses ali previstas.

Mas a mesma facilidade não encontramos na apreensão de que tipo de alegação do autor poder-se-ia considerar tacitamente rechaçada com o trânsito em julgado da decisão da causa: “é necessário que se trate de alegações relativas à mesma causa de pedir, na verdade novos argumentos sobre os mesmos fundamentos? Ou haverá julgamento implícito de *causa petendi* não deduzida?”⁵⁵ No intuito de esclarecer esta quizila hermenêutica, surgiram diferentes correntes doutrinárias.

A *corrente majoritária* entende que a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a *causa petendi* deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente a *causa petendi* que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir. É o que pensam JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁵⁶, EGAS MONIZ DE ARAGÃO⁵⁷, DANIEL MITIDIERO⁵⁸ e SÉRGIO PORTO⁵⁹.

54. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 220.

55. TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 156.

56. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, cit., p. 99 e 103-108.

57. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 324-325.

58. MITIDIERO, Daniel. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”, cit., p. 220.

59. PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 222 e seguintes.

Neste sentido, interessante julgado do STJ: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGUNDA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE. CAUSA DE PEDIR DA PRIMEIRA DISTINTA DA CAUSA PETENDI DA SEGUNDA. Pelo disposto no três incisos do art. 363 do Código Civil o filho dispõe de três fundamentos distintos e autônomos para propor a ação de investigação da paternidade. O fato de ter sido julgada improcedente a primeira ação que teve como causa de pedir a afirmação de que ao tempo da sua concepção a sua mãe estava concubinando com o seu pretendido pai, não lhe impede de ajuizar uma segunda demanda, com outra causa petendi, assim entendida que a sua concepção coincidiu com as relações sexuais mantidas por sua mãe com o seu pretendido pai. São dois fundamentos diferentes, duas causas de pedir distintas e a admissibilidade do processamento da segunda ação não importa em ofensa ao princípio da autoridade da coisa julgada. Recurso conhecido e provido”. (4ª T., REsp n. 112.101/RS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 29.06.2000, publicado no DJ de 18.09.2000, p. 131).

Há, ainda, uma *segunda corrente*, segundo a qual a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado. A coisa julgada implicaria, assim, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram. É posição adotada por ARAKEN DE ASSIS⁶⁰, por exemplo.

Essa ideia foi encampada pela Lei 12.529/2011, que reorganizou a estrutura administrativa de proteção da concorrência no Brasil. O § 4º do art. 98 dessa lei, que disciplina o processo em que se discute ato do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), determina que “Na ação que tenha por objeto decisão do CADE, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes”.

Não se pode desprezar essa disposição normativa, que expressamente adota a concepção defendida há anos por ARAKEN DE ASSIS, esclarecendo, neste ponto, um aspecto duvidoso do regime jurídico da coisa julgada no Brasil.

JOSÉ MARIA TESHEINER, por fim, inaugura uma *terceira corrente*, com visão intermediária, dizendo-se “no meio do caminho entre as duas correntes” anteriores.

60. “Neste ponto, calha reiterar que o efeito radical do art. 474 não combina – intencionalmente – com qualquer construção uniforme da ideia de objeto litigioso. Não há dúvida de que, no exemplo das ações fundadas em erro ou dolo, apesar de diversas, porque os fatos jurídicos ensejam direitos subjetivos ao desfazimento do negócio jurídico por dolo e por erro, a eficácia preclusiva da coisa julgada abrangeria, na sua exegese mais radical, esta última (erro), se exposta, na inicial, somente a outra (dolo). (...) Ainda mais uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, se insiste que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no art. 474, abrangerá, em princípio, todos os fatos jurídicos dedutíveis na ação de separação (adultério, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra), tenham, ou, não, sido deduzidos na demanda”. (ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 145 e 147).

Sustenta que o art. 474 apanha “a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico” – cabendo, aqui, lembrar, que o efeito jurídico por ele mencionado nada mais é do que o pedido. Ou seja, entende o autor que o efeito preclusivo da coisa julgada alcança todos os fatos jurídicos de idêntica natureza, de mesma essência, que poderiam servir para embasar o pedido formulado, ainda que consistam em causas de pedir distintas; o que importa, diz, é que tais fatos narrados sejam substancialmente semelhantes. Termina por exemplificar com a seguinte hipótese: “se o autor pede despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa”⁶¹.

Em respeito ao direito fundamental de ação, ao devido processo legal e ao contraditório, insertos no art. 5º, XXXV, LIII e LV, CF, ora se perfilha a corrente majoritária, segundo a qual com a formação da coisa julgada preclui a possibilidade de rediscussão dos argumentos e razões que digam respeito, tão somente, à causa de pedir deduzida pelo autor. A eficácia preclusiva da coisa julgada não poderia, jamais, atingir todas as outras causas de pedir que pudessem servir para embasar aquela mesma pretensão, sob pena de grave ofensa ao direito fundamental de ação, o devido processo legal e o contraditório.

Isto porque, intentar-se uma segunda ação com fulcro em outra causa de pedir, significa propor uma demanda diferente – porquanto modificado um dos seus elementos identificadores, *in casu*, a multicitada *causa petendi* (na forma do art. 301, §2º, CPC) –, significa apresentar uma demanda distinta para a apreciação do Judiciário, sendo dever seu (do Judiciário) prestar os serviços jurisdicionais que, segundo muitos, monopoliza, examinando-a e julgando-a.

Demais disso, a objeção da coisa julgada só pode ser invocada, no caso de uma ação *idêntica* – com mesmo objeto litigioso – àquela pendente já ter sido decidida por sentença passada em julgado, sob pena de privar-se o cidadão do seu direito constitucional de ação e a um processo devido.

“(…) a variação de qualquer dos elementos identificadores das ações importa, de per si, na variação da própria demanda, deixando, pois, de haver identidade entre ambas, eis que modificado um dos seus elementos identificadores (...) indiscutível, outrossim, que somente haverá coisa julgada se entre uma e outra demanda ocorrer absoluta identidade, e se já se encontrar definitivamente julgada, vale dizer, com sentença de mérito transitada em julgado”⁶².

61. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 161.

62. PORTO, Sérgio Gilberto de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 6., cit., p. 231.

Há uma situação, porém, em que a adoção desta concepção mais restritiva sobre a abrangência da eficácia preclusiva da coisa julgada material se mostra mais complicada. Trata-se do estudo da coisa julgada nos embargos à execução, considerados pela maior parte da doutrina brasileira como uma ação de conhecimento.

Eis a dúvida: julgados improcedentes embargos à execução opostos com base em uma causa de pedir (uma das hipóteses do art. 745 do CPC, por exemplo), pode o executado propor uma ação autônoma de impugnação da execução (“defesa heterotópica do executado”, como denominam alguns), com base em outra causa de pedir, que poderia, no entanto, ter sido deduzida nos primeiros embargos?

Aplicada a concepção dominante, capitaneada por BARBOSA MOREIRA, à qual se aderiu, conforme visto, seria possível, sem dúvida, já que se estaria diante de uma nova demanda, em razão da alteração da causa de pedir. Sucede que essa solução não parece razoável, pois permitiria ao executado “fragmentar” a sua oposição à execução em tantas demandas quantos sejam os fundamentos que poderia deduzir, em atitude desleal e contrária à celeridade processual e à boa-fé objetiva processual.

O problema não está na concepção de eficácia preclusiva que ora se adota, que parece a mais adequada. O *busilis* é a premissa de que se parte para estudar os embargos: não obstante se diga que os embargos têm natureza jurídica de ação (demanda), substancialmente os embargos são a defesa do executado. Assim, como defesa, o regime da eficácia preclusiva da coisa julgada dos embargos deve ser semelhante ao da eficácia preclusiva para o demandado, já examinada. Ou seja, cabe ao executado deduzir, nos embargos à execução, todas as matérias de defesa que até então poderiam ter sido arguidas (que formalmente virão deduzidas como causas de pedir, embora sejam substancialmente defesas), sob pena de a coisa julgada da decisão final desses embargos implicar a preclusão do direito de alegá-las.

7.4. Efeitos da coisa julgada penal na esfera cível (e vice-versa)

A coisa julgada formada na esfera penal, em alguns casos, pode produzir efeitos na esfera cível. Do mesmo modo, a coisa julgada cível, em alguns casos, pode produzir efeitos na esfera penal.

A *sentença penal condenatória* transitada em julgado produz efeitos na esfera cível. Torna certa obrigação de indenizar (art. 91, I, CP), não se podendo mais discutir a existência da obrigação. Faz, pois, coisa julgada no âmbito civil, constituindo-se em título executivo judicial (art. 475-N, II, CPC)⁶³.

63. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 145-146.

A formação de coisa julgada no cível é um efeito anexo condenatório da sentença penal⁶⁴.

A sentença penal condenatória, que gera por efeito anexo o *an debeatur*, com o advento da Lei n. 11.719/2008, que alterou o texto dos arts. 63, parágrafo único, e 387, IV, do CPP⁶⁵, passou a também poder debruçar-se sobre o *quantum debeatur*, fixando um valor mínimo para reparação dos danos, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido – sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano *efetivamente* experimentado.⁶⁶

A *sentença penal absolutória por negativa de autoria*, pelo reconhecimento de que o *ato ilícito não foi praticado* (art. 66, CPP) ou pelo reconhecimento de que o ato foi praticado, mas *não era ilícito* – por decorrer de estado de necessidade (ressalve-se que, aqui, o acusado responde no âmbito cível, tendo direito de regresso contra o causador do perigo), legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (art. 65, CPP) –, produz efeitos no cível, excluindo a responsabilidade civil do agente. Faz, pois, coisa julgada no cível⁶⁷.

Nesse caso, a sentença penal absolutória projeta sua eficácia positiva no âmbito cível. Isso porque “torna indiscutíveis elementos da *causa petendi* da ação reparatória, integrante do objeto litigioso da ação penal, e nela julgados. Exceção feita ao dano, no próprio aspecto da *existência* – ao juiz penal não interessa se o delito provocou dano indenizável – ou no concernente à *natureza*, moral ou patrimonial, ou à *extensão* dele, a eficácia positiva do julgado repressivo praticamente sela o resultado da demanda reparatória”⁶⁸.

Mas para apurar-se se a sentença absolutória produzirá ou não coisa julgada no cível, essencial é uma análise dos seus fundamentos: “(...) se revela indispensável

64. ZAVASCKI, Teori Albino. “Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados”, in *Leituras complementares de processo civil*, 3 ed. Fredie Didier Jr. (organizador). Salvador: Edições JusPODIVM, 2005, p. 35-36; ASSIS, Araken. *Eficácia civil da sentença penal*, 2 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 92.

65. Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

66. Trata-se de regra semelhante àquela dantes já existente no art. 20 da Lei n. 9605/1998 (que trata das sanções aplicáveis aos atos lesivos ao meio ambiente): “A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do caput, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido”.

67. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 145 e 146.

68. ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*, cit., p. 155.

focalizar a fundamentação da sentença penal absolutória, no exame do assunto aqui versado, pois aos arts. 65, 66 e 67 não basta o singelo juízo de improcedência da ação penal. Eles reclamam a identificação precisa do fundamento sentencial. E como respeitar na demanda reparatória a legítima defesa, porventura adotada na sentença penal e vinculante pelo art. 65 do Cód. de Proc. Penal, se não investigando pelas razões do ato decisório? Em geral, o dispositivo da sentença, no qual, segundo o art. 386, *caput*, se mencionará a causa da absolvição, propiciará indício plausível; em vários casos, no entanto, a simples menção ao inciso do art. 386 não mostrará, plenamente, o verdadeiro fundamento do ato”.⁶⁹

Por essas razões, às vezes é conveniente que o processo cível aguarde a solução da causa penal. O art. 64 do CPP, após permitir expressamente que seja intentada causa cível na pendência de causa penal, prevê que o juiz do cível poderá determinar a *suspensão do processo cível*.

8. COISA JULGADA E RELAÇÕES JURÍDICAS CONTINUATIVAS (ART. 471, CPC)

Normalmente, não são admitidas as chamadas “sentenças futuras”, aquelas que regem situações ainda não consumadas (futuras). Isso porque, diante de uma situação ainda não concretizada, faltaria interesse processual da parte para desencadear a prestação jurisdicional.

Excepcionam-se, contudo, aquelas sentenças que recaiam sobre situações futuras que estejam vinculadas a situações presentes. É o caso das sentenças que disciplinam relações jurídicas continuativas que têm por objeto obrigações homogêneas de trato sucessivo – também chamadas por alguns, como visto em capítulo anterior, de *sentenças determinativas ou dispositivas*. Nada mais são que sentenças que versam sobre relação jurídica que se projeta no tempo, que não é instantânea, normalmente envolvendo prestações periódicas⁷⁰ – como aquelas decorrentes das relações de família, de alimentos, relações tributárias e previdenciárias, locatícias etc.

O art. 471, CPC cuida do assunto:

“Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

O dispositivo supracitado autorizaria, ecoa certa doutrina, o reexame de decisão sobre relação jurídica continuativa, em caso de modificação superveniente de fato ou de direito, mediante *simples ação de revisão*. Portanto, tais decisões não se

69. ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. cit., p. 101.

70. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 21 ed., cit., p. 59.

tornariam imutáveis e indiscutíveis pela coisa julgada material. A possibilidade de modificação a qualquer tempo de tais sentenças não se poderia compatibilizar com a ideia da imutabilidade ínsita no conceito de coisa julgada⁷¹.

Trata-se, entretanto, de concepção equivocada. Tais sentenças, como todas as outras, são aptas produzir coisa julgada material. Explique-se.

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica continuativa (e o próprio direito), e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/ novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (lembre-se que a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época)⁷².

Ao deparar-se com a *ação de revisão*, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir (composta por fatos/direito novos) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior.

Sentença sobre relação jurídica continuativa faz, sim, coisa julgada material. Para a relação jurídica continuativa, identificada por aqueles quadros fático e jurídico, há uma decisão transitada em julgada, indiscutível.

Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado – indiscutível para aquela nova situação.

Por outro prisma, consideram-se relações jurídicas continuativas “aquelas reguladas por regras jurídicas que projetam no tempo os próprios pressupostos, admitindo variações dos elementos quantitativos e qualificativo”⁷³. Na relação jurídica alimentar,

71. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 247. Eduardo Couture, por exemplo, singelamente afirma que as sentenças, em tais situações, estão acobertadas apenas com o manto da denominada coisa julgada formal (*Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED Livros, 1999, p. 344-345).

72. Correto o posicionamento do STJ, adotado em acórdão proferido dado pelo procedimento dos recursos especiais repetitivos, no sentido de que os contribuintes que possuem decisão transitada em julgado que reconhece a inexistência de tributo (CSLL), por inconstitucionalidade de lei instituidora, não podem ser alvo de cobrança dessa prestação tributária em razão de posterior decisão do STF que declara a constitucionalidade da lei referida. Não se considerou, portanto, que essa fosse uma mudança no estado fático-jurídico que justificasse uma nova decisão restabelecendo vínculo tributário e autorizando a cobrança do tributo. “O fato do STF posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade à existência do controle difuso de inconstitucionalidade” (STJ, 1ª Seção, Resp. n. 1118893, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 23.03.2011, publicado no DJe de 06.04.2011).

73. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 5.

por exemplo, os pressupostos da necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante podem variar ao longo do tempo, qualitativa ou quantitativamente: a necessidade do alimentando pode deixar de existir (passar a existir), aumentar ou diminuir; a possibilidade do alimentante pode deixar de existir (passar a existir), aumentar ou diminuir.

Para dar atuação a tais regras, a sentença atende aos pressupostos (fáticos e jurídicos) do tempo em que foi proferida, sem extinguir a relação jurídica, que continua sujeita a variações dos seus elementos constitutivos, ao longo do tempo.

A lei admite a *revisão da sentença*, embora transitada em julgado, diante da superveniência de modificações no estado de fato ou de direito — e, portanto, nos pressupostos e elementos constitutivos da situação julgada. Mas a nova sentença, proferida em ação de revisão, não desconhece nem contraria a anterior. Trata-se de uma *nova sentença*, proferida para uma *nova situação* — cujos pressupostos e elementos constitutivos já variaram com o passar o tempo. Na verdade, toda sentença proferida em tais situações contém em si a cláusula *rebus sic stantibus*, adaptando-a ao estado de fato e ao direito supervenientes.

Embora a terminologia esteja consagrada na praxe forense, bem pensadas as coisas, não se trata, sequer, de uma ação de revisão: o que foi decidido não será *revisto*; trata-se de uma ação para decidir uma *nova situação*, que agora deve ser *vista* pela primeira vez.

A *ação de revisão* que poderá ser interposta é uma outra ação (elementos distintos), porque fundada em outra causa de pedir; a nova sentença, nesta demanda, alteraria *ex nunc* a regulação jurídica da relação, nem de perto tocando na primeira. Trata-se de duas normas individuais concretas que regulam situações diversas. A sentença proferida no segundo processo não ofenderá nem substituirá a que fora proferida no primeiro, que tem a sua eficácia condicionada à permanência das situações de fato e de direito — imaginar que a primeira sentença não ficaria acobertada pela coisa julgada, seria o mesmo de defender que ela estaria desprotegida do influxo de lei nova, por exemplo. Trata-se de posicionamento amplamente majoritário⁷⁴.

74. NERY JR., Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e a Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 1.288; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1991; FIDÉLIS, Ernane. *Manual de Direito Processual Civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 539; PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 207-208; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 280-281; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 25-26; ASSIS, Araken de. “Breve contribuição ao estudo da coisa julgada”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1989, n. 46, p. 90; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada”, cit., p. 111; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1998, v. 3, p. 57; CAHALI, Yusef Said. *Dos Alimentos*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 865. Também o Superior Tribunal de Justiça: “As sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas conti-

É o que se diz, sobretudo, sobre a sentença prolatada em ação de alimentos. Consoante bem pondera ADROALDO FURTADO FABRICIO, circula na doutrina nacional, com certa desenvoltura, a ideia de que o provimento jurisdicional na ação de alimentos – exemplo de demanda que veicula relação jurídica continuativa – não faz coisa julgada material, apenas formal⁷⁵.

A força desta tese adquiriu fumos de legalidade, sobretudo, com a promulgação da Lei Federal 5.478/68, que, em seu artigo 15, expressamente dispõe: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”⁷⁶⁻⁷⁷. Seria o regime da coisa julgada na ação de alimentos diverso em relação às demais ações?

Seguindo tudo quanto foi, até então, dito, conclui-se que não há regime jurídico diferente para a coisa julgada na ação de alimentos. Também não se justifica, embora consagrada, a referência a uma “coisa julgada *rebus sic stantibus*”, pois a coisa julgada sempre operará naquelas circunstâncias específicas – o que é *rebus sic stantibus* é a decisão, que em seu bojo traz esta cláusula.

nuativas, transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que igualmente como quaisquer outras possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida. O disposto no art. 15 da Lei 5.478/68, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade.” (STJ, 4ª T., REsp n. 12.047, j. em 18.02.1992, publicado no DJ de 09.03.1992). Nesse sentido, STF, Plenário, Edv. RE n. 146.331-7/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23.11.2006, publicado no DJ de 20.04.2007.

75. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1991, n. 52, p. 6. Como sói ocorrer com os trabalhos do professor gaúcho, trata-se de ensaio de consulta obrigatória. Aborda as diversas teorias que buscavam justificar a suposta inexistência de coisa julgada material nestas situações; os objetivos deste trabalho impedem maiores discussões a respeito do assunto.
76. A redação deste artigo 15 é mais um equívoco perpetrado pela lei alimentária (verifique-se, a propósito, a injustificada desnecessidade de distribuição da ação); verdadeira heresia jurídica, nas palavras de Wellington Moreira Pimentel (PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ed. São Paulo: RT, 1979, p. 531). Assim se posiciona ADROALDO FURTADO FABRICIO: “O texto do art. 15 da Lei n. 5.478 implica renúncia a qualquer veleidade de solucionar a questão no plano da dogmática jurídica ou do enquadramento técnico da situação proposta. O legislador optou pelo corte do nó górdio, face à aparente impossibilidade de seu desate. Acomodou-se, de resto, à doutrina anteriormente aludida, que seguia a mesma linha de menor resistência consistente em contornar o problema sem solucioná-lo...” (“A coisa julgada nas ações de alimentos”, cit., p. 15)
77. “Mas é patente que se tomou a nuvem por Juno. A segunda parte do dispositivo espelha uma realidade que não precisava, para sustentar-se, da ‘explicação’ manifestamente excessiva que se entendeu de dar, na parte inicial. Que a sentença de alimentos, como qualquer outra, a certa altura, transita em julgado, é coisa que salta aos olhos, nada obstante os dizeres do texto legal. Mais dia menos dia, ficam preclusas as vias recursais, extingue-se o processo e, nele, já não se pode exercer qualquer atividade cognitiva. O que se poderia pôr em dúvida, mas ainda aqui sem razão, é a aptidão da sentença para revestir-se da autoridade da coisa julgada material. Para dissipar o equívoco, basta ver que seria impraticável a emissão de nova sentença relativamente à mesma situação contemplada na outra – como, por exemplo, se o condenado à prestação alimentar viesse a pleitear a declaração judicial de que, já ao tempo da primeira sentença, ele nada devia a este título. (...) Não há tal necessidade: os princípios comuns atuam normalmente, e qualquer esforço suplementar de explicação é de todo em todo supérfluo”. (“Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada”, cit., p. 111-112).

Neste sentido, ENRICO TULLIO LIEBMAN, afirmando que “todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor. Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada”.⁷⁸

A mesma discussão tem sido travada para as obrigações tributárias de trato sucessivo. Isso se dá, sobretudo, em razão do teor do n. 239 da súmula da jurisprudência predominante do STF: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Nada há de especial na coisa julgada oriunda das causas tributárias: trata-se de um exemplo, dentre tantos outros, de coisa julgada de decisão que cuida de relação jurídica continuativa. Enquanto o substrato fático desta relação jurídica, já definitivamente resolvida, mantiver-se o mesmo, a coisa julgada é eficaz e deve ser respeitada (inclusive para os exercícios posteriores àquele em que a decisão foi prolatada).

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em parecer elaborado em caso concreto em que também atuamos: “Não há razão alguma para que as coisas fossem diferentes quando a sentença coberta pela coisa julgada contém decisão sobre matéria regida pelo direito tributário. Como a coisa julgada não é tributária, administrativa, civil, comercial etc., mas vem do plano político da Constituição e se rege pelo direito processual, é imperioso destacá-la dos conceitos, regras e princípios de todo e qualquer ramo do direito material” e continua defendendo que “sentença que decide sobre matéria tributária terá, como toda sentença, a *auctoritas rei judicatae* que corresponder ao conteúdo preceptivo contido em seu decisório”.

Mais adiante, complementa: “O que sucede é que, com relação a prestações futuras (e jamais quanto às vencidas), a coisa julgada deixará de prevalecer quando sobrevier alguma disciplina legal ou algum fato novo capaz de desfazer o juízo probabilístico sobre o qual se apóia a condenação por prestações futuras”.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, em parecer exarado sobre o mesmo tema, no mesmo caso, chega à mesma conclusão, só que por fundamentos distintos. Entende que há coisa julgada material no âmbito tributário. Entende que mudando o estado de fato, é possível prolação de outra decisão sobre a relação jurídica tributária. Mas parece não compartilhar do entendimento de que isso é possível por tratar-se de relação jurídica continuativa: “não há que se falar em relação jurídica ‘continuativa’ porque, conforme amplamente demonstrado, a circunstância de a relação tributária projetar-se no futuro não prejudica sua unidade, reafirmando-se que, salvo modificação fática ou jurídica, ‘é a mesma, renovada período a período de apuração’”.

78. LIEBMAN, Enrico Túlio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 27 e 28.

Na verdade, o enunciado n. 239 da súmula da jurisprudência do STF deve ser entendido desta forma: a decisão que reconhece a inexistência do dever de pagar tributo permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo o quadro normativo do mencionado tributo. Se o painel normativo do tributo sofrer alteração no exercício posterior, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir no exercício anterior não mais se aplica, em razão dessa alteração.

9. INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA

Admitem-se, em nosso sistema, como instrumentos de revisão da coisa julgada material: a) a ação rescisória; b) a *querela nullitatis* (art. 741, I, CPC) ou *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, CPC); c) impugnação com base na existência de erro material; d) a impugnação da sentença inconstitucional (com base no art. 475-L, § 1º, e, art. 741, parágrafo único do CPC); e) e a possibilidade de revisão da coisa julgada por denúncia de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos formulada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A *ação rescisória* é uma ação autônoma de impugnação de decisão de mérito transitada em julgado, quando inquinada por *vícios rescisórios* (previstos no art. 485, CPC). Visa desconstituir a coisa julgada material. Para ser manejada deve estar presente uma das hipóteses de cabimento do art. 485, CPC, respeitando-se o prazo decadencial de 02 anos – cujo termo inicial é a data do trânsito em julgado.

Já a *querela nullitatis* é meio de impugnação de decisão maculada por *vícios transrescisórios*, que subsistem quando: a) a decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por falta de citação; b) decisão for proferida em desfavor do réu em processo que correu à sua revelia por ter sido a citação defeituosa (Art. 475-L, I, e art. 741, I, CPC). Diferencia-se da rescisória, principalmente, por encontrar hipóteses de cabimento mais restritas e por ser imprescritível – não se submetendo a qualquer prazo decadencial. Trata-se de ação desconstitutiva que pode ser manejada, até mesmo, depois do decurso do prazo de 02 anos previsto para a ação rescisória.

Esses dois meios de revisão da coisa julgada são estudados, em capítulos próprios, no volume 3 deste *Curso*. A revisão em razão de erro material já foi estudada no capítulo sobre a teoria da decisão. A revisão da sentença inconstitucional (art. 475-L, § 1º, e art. 741, par. ún., CPC) é estudada no volume 5 deste *Curso*, nos capítulos referentes à “Defesa do Executado” e à “Execução em face da Fazenda Pública”. Já a revisão por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos será doravante examinada.

Ao lado dos remédios “internos” de revisão da coisa julgada acima citados, cuja apreciação cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais, subsiste um remédio “externo”, cujo exame compete a tribunal internacional. É a *denúncia por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos*, a ser julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁷⁹

É um dos meios *típicos* de revisão da coisa julgada admitidos pelo nosso ordenamento.

O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) e submete-se ao sistema americano de proteção aos direitos do homem, que é composto: pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁸⁰

De acordo com o art. 44, da Convenção citada, qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou ONG (Organização Não-Governamental) pode apresentar *denúncia*, perante a Comissão, de violação a direitos humanos consagrados em seu texto normativo. Também um Estado pode formulá-la em face de outro Estado, mas sua denúncia só será processada se o Estado denunciado tiver aderido à cláusula específica sobre a matéria, constante no art. 45, I.⁸¹

Mas denúncias feitas contra Estado, por um dos sujeitos acima indicados, só podem ensejar demanda de responsabilização proposta pela Comissão perante a Corte, se o Estado acusado tiver reconhecido previamente a jurisdição da Corte (art. 62, I).⁸² É o caso do Estado Brasileiro.

Se qualquer dos entes acima citados tem legitimidade para mover denúncia junto à Comissão, a legitimidade para propor demanda perante a Corte é muito mais restrita. Apenas a Comissão e os Estados podem acionar a Corte Interamericana (art. 61, I).

“Não é dado à vítima ou os seus familiares figurar propriamente como parte no processo perante a Corte. Tampouco àquele que formulou a denúncia perante a Comissão confere-se tal legitimidade. (...) Todavia, os Regulamentos da Comissão (art. 71, 4) e da Corte (art. 22) permitem que os denunciante originais ou representantes da vítima ou seus familiares participem do procedimento como assistentes da Comissão, por indicação desta, e a Corte por atribuir-lhes certa autonomia para

79. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: *Meios de Impugnação ao julgado civil. Estudos em Homenagem à José Carlos Barbosa Moreira*. Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157 ss.

80. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 157.

81. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 157.

82. Para conferir uma análise dos requisitos de admissibilidade da denúncia, seu processamento, e eventual demanda perante a Corte, TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 158 ss.

a formulação de alegações. Além disso, o Regulamento da Corte confere à vítima ou seus familiares o direito de ter representante independente na fase de definição da reparação do dano (art. 23)”.⁸³

O Brasil, além de subscrever o Pacto de San José de Costa Rica, reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relacionados à interpretação e aplicação do Pacto *sub examine*, sobre fatos ocorridos após a data deste reconhecimento – que se deu pelo Decreto Legislativo n. 89, de 03.12.1998, art. 1º; Decreto Presidencial n. 4.463, de 08.11.2002. Assim, o estado brasileiro submete-se amplamente às sentenças advindas deste tribunal internacional.

A Convenção Americana atribuiu às sentenças da Corte Interamericana que reconhecem ofensa a direito fundamental eficácia amplíssima, com aptidão para conceder tutelas específicas e reparatórias aos direitos violados ou ameaçados de violação (art. 63, 1) – malgrado sua concretização dependa, em boa medida, da existência de instrumentos jurídicos internos no ordenamento do Estado em que ocorreu o ilícito.⁸⁴

Inclusive, sentença indenizatória que condene em quantia é título executivo judicial, apto a instrumentalizar execução contra a Fazenda Pública (art. 68, 2).

Diante disso, a Corte Interamericana pode ser chamada para apreciar qualquer ato ou omissão estatal brasileiro (executivo, legislativo ou jurisdicional), inclusive decisões judiciais acobertadas pela coisa julgada material que violem garantias fundamentais. Um processo internacional, instaurado perante este tribunal, pode ter por objeto mediato ou imediato o rejugamento (em termos incompatíveis com o julgamento interno) ou a invalidação de sentença brasileira transitada em julgado. Enquadra-se, pois, como mais um instrumento típico de revisão da coisa julgada.⁸⁵

Entretanto, em algumas situações, indivíduo envolvido no processo interno e beneficiado com a sentença brasileira transitada em julgado, não terá participado do processo internacional (perante Tribunal Interamericano) que resultou em sua desconstituição ou em comando dela distinto e inconciliável. Neste caso, questiona-se a legitimidade da efetivação da sentença americana em solo brasileiro, sob o

83. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 157 e 160.

84. Inexistentes tais instrumentos, o Estado responde pelo descumprimento da sentença e pela violação do dever de criar instrumentos aptos a dar-lhe efetividade (arts. 2.º e 68, 1) (TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 161).

85. Talamini cita dois casos, no âmbito processual penal, em que se desconstituiu coisa julgada formada em tribunal peruano por violação ao devido processo legal. E cogita que isso seria possível, por exemplo, quando Corte Interamericana viesse a revisar uma desapropriação feita em violação a direitos fundamentais (TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 162 e 163).

argumento de que afrontaria o contraditório e o devido processo legal, já que prolatada à revelia do principal prejudicado (brasileiro favorecido com sentença interna revisada).

TALAMINI sugere solução razoável. Para o autor, a efetivação da sentença interamericana deveria ser desenvolvida em um processo interno, que se dê com a participação de todos os beneficiados com a sentença brasileira por ela desconstituída ou sobreposta (com comando incompatível).⁸⁶

Não seria um processo rescisório (art. 485, CPC), afirma, pois não visa desconstituição de sentença e não se encaixa em suas hipóteses de cabimento – afora as dificuldades que seriam geradas com a exigência de respeito ao prazo decadencial (art. 495, CPC). Não é caso de aplicação do rito de homologação de sentença estrangeira, pois estrangeira não é, mas, sim, sentença interamericana incorporada ao nosso ordenamento.⁸⁷

O autor⁸⁸ vislumbra, em verdade, três situações possíveis:

a) se a sentença internacional for condenatória em reparação pecuniária, caberá a propositura de execução perante o Judiciário brasileiro, porquanto se enquadre como título executivo judicial (art. 68, 2)⁸⁹, sendo que, ali mesmo, em sede executiva, deve ser dada a palavra ao particular beneficiado pela sentença anterior;

b) se a sentença internacional contiver qualquer outro teor (inclusive valendo-se de tutela específica), caberá ação comum de conhecimento ou, se for o caso, tipicamente mandamental ou executiva *lato sensu*, e nos seus autos deverá ser ouvido o indivíduo favorecido com o pronunciamento anterior;

c) se a sentença interna já estava em execução, que foi interrompida com pedido de extinção acompanhado da sentença internacional que a invalidou ou reavaliou – retirando-lhe o *status* de título executivo –, nesta mesma oportunidade deve ser garantido o contraditório ao exequente, particular beneficiado com a sentença brasileira.

Mas, em qualquer caso, vale uma ressalva: “A discussão possível dirá respeito aos meios de implementação e à eventual preservação de alguns efeitos

86. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 170 e 171.

87. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 170 e 171.

88. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 170 e 171.

89. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 166 ss.

da anterior sentença interna em vista dos valores fundamentais possivelmente envolvidos”.⁹⁰

A proposta de TALAMINI é boa, mas deve ser aproveitada em casos extremos. O ideal mesmo é a Corte Interamericana autorizar a participação do particular beneficiado com a sentença sob revisão no processo internacional, como assistente, aplicando por analogia os Regulamentos da Comissão (art. 71, 4) e da Corte (art. 22). Resguardado o contraditório e o devido processo legal, não haverá argumento para por em xeque a legitimidade da sentença interamericana que revisou a coisa julgada brasileira.

10. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Há, na doutrina, quem entenda que a decisão judicial não pode se cristalizar quando *injusta* ou *inconstitucional*. Nesses casos, não produziria coisa julgada material, podendo a decisão ser revista, revisada, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos. Trata-se de movimento recente que vem propondo a chamada *relativização da coisa julgada atípica* – já que há hipóteses de revisão da coisa julgada típicas que, dessa forma, já é relativa, como percebeu BARBOSA MOREIRA⁹¹.

O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi JOSÉ AUGUSTO DELGADO, ministro do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu, a partir da sua experiência na análise de casos concretos, a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afronte os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou se desafine com a realidade dos fatos⁹². A lição foi difundida por autores como HUMBERTO THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO e CANDIDO RANGEL DINAMARCO.

CÂNDIDO DINAMARCO já vinha propondo essa solução há um bom tempo. O autor tem uma das opiniões mais abertas sobre a relativização da coisa julgada. Afirma categoricamente que a coisa julgada só deve se conservar inquebrantável se: a) consoante com as máximas da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa – quando não seja absurdamente lesiva ao Estado; b) cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores “justos” a título de indenização

90. TALAMINI, Eduardo. “O exame de sentenças da jurisdição brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, cit., p. 170 e 171.

91. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2 ed. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006, p. 199.

92. DELGADO, José. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 103.

por expropriação imobiliária; c) não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado⁹³.

O problema é que admitir-se a relativização com base na existência de *injustiça* – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, tal como acima exposto –, significa franquear-se ao Judiciário uma *cláusula geral de revisão da coisa julgada*, que pode dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica. A revisão da coisa julgada dar-se-ia por critérios atípicos.

Ovídio BAPTISTA DA SILVA critica o condicionamento da intangibilidade da coisa julgada proposto por HUMBERTO THEODORO JR. e por JOSÉ DELGADO à inexistência de “grave injustiça” (proposto por este) ou “séria injustiça” (proposto por aquele) na decisão. Parece-lhe impróprio relativizar a coisa julgada nos casos em que a decisão cometer “grave” ou “séria” injustiça.

A injustiça da decisão, sustenta, jamais será argumento para se aniquilar a coisa julgada. Lembra que HUMBERTO THEODORO JR. diz que só o Direito justo é absoluto, e questiona: o que seria o Direito justo senão o Direito positivo? Poderiam nossos juízes descobrir Direito justo além ou contra o contido nas leis? E, admitindo-se essa hipótese, como as causas chegariam em grau de recurso para a Corte Superior em razão de violação de dispositivo de lei?⁹⁴

De mais a mais, indaga, o que seria uma “grave” ou “séria” injustiça que autorize a quebra da coisa julgada, como disposto por HUMBERTO THEODORO JR. e por JOSÉ DELGADO? E o que seria uma sentença “absurdamente lesiva” ao Estado, que justifique o desrespeito à coisa julgada, tal como dito por Dinamarco? E uma “sentença abusiva”, que por ser não-sentença, permitiria o afastamento da coisa julgada, na forma como põe CÂNDIDO DINAMARCO, seguindo o quanto dito por THEODORO JR.? Admitindo-se esses amplísimos critérios de relativização da coisa julgada sugeridos pelos ditos processualistas, diz o autor, nada restaria da coisa julgada⁹⁵.

Negar a coisa julgada que transgrida princípios é questioná-la com base em premissa impalpável e difícil de ser visualizada, afinal princípios são normas abertas, “cuja aplicação obedece a uma escala de otimização, estranha à incidência das regras legais”⁹⁶.

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário. Em outras palavras, mais do que se garantir ao cidadão o acesso à justiça, deve lhe ser assegurada uma solução definitiva, imutável para sua quizila.

93. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 109, p. 24-25.

94. SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Coisa Julgada Relativa”, cit., p. 218-219.

95. SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Coisa Julgada Relativa”, cit., p. 218-220.

96. SILVA, Ovídio A. Baptista da, “Coisa Julgada Relativa”, cit., p. 220.

Não se pode negar que a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas – com decisões injustas, ilegais, desafinadas com a realidade fática. E foi para abrandar esses riscos que se trouxe previsão de hipóteses em que se poderia desconstituí-la. Com isso, buscou-se harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais.

LUÍZ GUILHERME MARINONI mostra-se com pouca disposição para as teses que pregam a relativização da coisa julgada, porquanto não garantam a correção dos julgamentos dos magistrados. Afinal, “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a ideia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”.⁹⁷ Enfim, quem garante que a segunda decisão será justa?

Também a relativização com base na *inconstitucionalidade* é problemática, pois a qualquer momento que a lei em que se fundou a decisão fosse reputada inconstitucional a decisão poderia ser desconstituída. Com isso, malferir-se-ia frontalmente a garantia de segurança jurídica.

Parece, entretanto, que o problema da revisão da sentença inconstitucional foi resolvido *pelo direito positivo brasileiro* de duas maneiras: *a)* com a possibilidade de ação rescisória da sentença, lastreada no inciso V do art. 485 do CPC, mitigando o rigor do n. 343 da súmula da jurisprudência do STF, conforme será visto no v. 3 deste *Curso*; *b)* a previsão do § 1º do art. 475-L e do par. ún. do art. 741 do CPC, examinados no volume 5 deste *Curso*. Não há necessidade, então, de uma revisão de sentença alegadamente inconstitucional sob qualquer fundamento e por qualquer meio inominado.

Enfim, as concepções de *relativização atípica da coisa julgada* são perigosas. Defendem a prevalência do “justo”, mas não definem o que seja o “justo”. Partem de uma noção de justiça, como senso comum captado por qualquer cidadão médio.⁹⁸

O STF admitiu a renovação de demanda de investigação de paternidade, que havia sido anteriormente rejeitada por ausência de provas. Consagrou, então, um caso de

97. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. DIDIER Jr., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*, cit., p. 163. Há diversos autores que se posicionaram contrariamente à tese da relativização atípica da coisa julgada, além dos citados: Nelson Nery Jr., Gisele Góes, Leonardo Greco, Sérgio Nojiri etc. Consulte-se, a propósito, a coletânea de textos sobre o assunto, que contém todos esses posicionamentos: DIDIER Jr., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. 2 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2006.

98. MARINONI, Luiz Guilherme. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”. DIDIER Jr., Fredie (org.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*, cit., p. 182-183.

relativização atípica da coisa julgada. Mesmo sem dizer isto expressamente, o STF considerou como *secundum eventum probationis* a coisa julgada na investigação de paternidade (RE n. 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 02.06.2011, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181134>).⁹⁹

Em suma, de um lado, CÂNDIDO DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO etc., e, de outro, BARBOSA MOREIRA, GISELE GÓES, NELSON NERY JR., Ovídio Baptista, MARINONI etc., em extremos opostos, optam pela justiça e pela segurança, respectivamente. Ficamos com a segurança.

Apesar de se subsistir tendência doutrinária neste sentido, encontra-se aresto do Superior Tribunal de Justiça (de relatoria da Min. Denise Arruda) admitindo a revisão atípica de coisa julgada formada em sede de desapropriação, por mera petição atravessada nos autos da execução, sob o argumento de ilegitimidade *ad causam* ou injustiça do valor da indenização. Fala-se, até mesmo, que a coisa julgada dada com vícios desse viés seria inexistente. Confira-se a ementa do dito julgado:

“1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. (...) 5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos. 6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em

99. IMPORTANTE SALIENTAR A PREOCUPAÇÃO DO MIN. LUIZ FUX EM RESTRINGIR O ALCANCE DO PRECEDENTE EM QUESTÃO, SUSTENTANDO A NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADO PRAZO DE DOIS ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DEMANDA ANTERIOR PARA REVER A COISA JULGADA – SALVO SE COMPROVADO QUE O EXAME DE DNA SÓ SE TORNOU POSSÍVEL E ACESSÍVEL POSTERIORMENTE. DE ACORDO COM O RESPECTIVO VOTO, A QUESTÃO DEVERIA SER RESOLVIDA NOS SEGUINTES TERMOS: “DEVE-SE TER POR VÁLIDO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO, O AFASTAMENTO DA COISA JULGADA MATERIAL, FORMADA SOBRE DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA POR FALTA DE PROVAS, EM DEMANDAS QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE FILIAÇÃO, QUANDO FOR ALEGADA A VIABILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TÉCNICA CAPAZ DE REVERTER A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ANTERIOR, CUJA REALIZAÇÃO SÓ TENHA SE MOSTRADO VIÁVEL, DO PONTO DE VISTA PRÁTICO, PELO AVANÇO TECNOLÓGICO SUPERVENIENTE, SOMADO À INADEQUAÇÃO DO REGIME DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS, RESPEITADO, EM QUALQUER CASO, O PRAZO DE DOIS ANOS PARA O AJULZAMENTO DE NOVA DEMANDA, QUE FLES, POR PRESUNÇÃO JURIS FANTUM, A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA ANTERIOR, SALVO NAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS EM QUE RESTAR TAMBÉM EXCEPCIONALMENTE DEMONSTRADO QUE APENAS POSTERIORMENTE SE TORNOU VIÁVEL, DO PONTO DE VISTA PRÁTICO, O ACESSO AO EXAME DE DNA, CABENDO AO DEMANDANTE O ÔNUS DO AFASTAMENTO DA REFERIDA PRESUNÇÃO.” OS DEMAIS MINISTROS, ENTRETANTO, DEIXARAM DE APECIAR A QUESTÃO DO PRAZO PARA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NESTES CASOS, TENDO ALGUNS SE RESERVADO PARA ANÁLISÁ-LA EM OUTRAS SITUAÇÕES.

julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos. 7. Recurso especial desprovido” (STJ, 1ª T. REsp 622405/SP rel. Min. Denise Arruda, j. em 14.08.2007, publicado no DJ de 20.09.2007, p. 221).

Já em outro acórdão, da mesma Min. Relatora, admitiu-se a revisão da coisa julgada por simples ação declaratória de nulidade, em situação semelhante:

“A Turma desproveu o recurso ao entendimento de que é cabível a ação declaratória de nulidade de ato jurídico para eventual desconstituição da coisa julgada por ocorrência de vícios insanáveis em ação de desapropriação indireta. No caso, cabe à autora recorrente proceder à produção de provas mormente quanto à titularidade da área objeto de expropriação, sem prejuízo de relativização da coisa julgada, pois presente outro valor mais relevante, i.e., o da carência de ação. Constatada, pois, a necessidade de haver mais esclarecimentos sobre a questão do domínio que, com efeito, não foi julgada, cabível a perícia meticulosa a ser feita na área onde se encontra encravada a tal propriedade expropriada no Parque Estadual de Jacupiranga. Precedente citado: REsp 12.586-SP, DJ 4/11/1991. REsp 710.599-SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 21.6.2007” (grifos aditados) (Informativo n. 324 de 2007, do STJ).

Assumimos que não vemos com bons olhos um movimento que busca relativizar a coisa julgada por critérios atípicos. Não podemos compactuar com a ideia de uma “cláusula aberta de revisão das sentenças” em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade. Eis os nossos fundamentos.

a) O processo jurisdicional é método de construção da norma jurídica individualizada. A decisão judicial produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente. Essa nova regra jurídica é produto de um procedimento cooperativo e organizado em contraditório, o que garante a participação democrática dos interessados na solução daquele caso concreto. Não há uma “justiça” anterior ao processo, que deve ser “encontrada” ou “revelada” pelo magistrado. A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente. Não há um “lugar” onde se possa “encontrar” a Justiça (partindo-se da premissa de que está superada a visão *jusnaturalista* do Direito, obviamente). Parece-nos que esse método de construção de justiça é o melhor até hoje inventado pelo gênio humano.

Os programas jurídicos (leis) não determinam completamente as decisões dos tribunais¹⁰⁰ e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a

100. A própria distinção entre regras e princípios, hoje comum na teoria jurídica, parte da premissa de que as regras incidem sobre situações específicas, enquanto os princípios têm alta carga de abstração. Ambos, porém, são normas, que produzem efeitos jurídicos imediatos. Mesmo as regras podem não ser tão objetivas, pois muita vez trazem em sua hipótese fática um conceito aberto ou juridicamente indeterminado. Isso

sua consistência¹⁰¹. Os problemas jurídicos não podem ser resolvidos apenas com uma operação dedutiva (geral → particular). Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente¹⁰². Trata-se do chamado Direito judicial, desenvolvimento do Direito que não pode ser antecipado, produzido nem impedido pelo legislador¹⁰³. Exercem os tribunais papel singular e único no conjunto das comunicações jurídicas.

Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo). Ao decidir, o tribunal gera algo novo – se não fosse assim, não haveria decisão, mas apenas o reconhecimento de uma anterior decisão, já pronta¹⁰⁴. A decisão não está determinada pelo passado (leis, delitos etc.), pois ela opera sempre no presente, consolidando o passado (que não mais se altera) e o futuro (passível de alteração) em uma alternativa presente. Não se deixando determinar pelo passado, ao decidir o tribunal visa regular o futuro. Assim, a decisão produz consequências futuras para os presentes, permitindo ou impedindo outras possibilidades que sem ela, a decisão, não existiriam¹⁰⁵.

b) A jurisdição é uma função que tem, basicamente, duas características marcantes. Em primeiro lugar, somente os órgãos jurisdicionais são coagidos a proferir uma decisão. Os tribunais devem decidir qualquer caso que lhe seja submetido, mesmo que não haja lei a respeito do assunto. Não se permite, entre nós, o *non liquet*. Em segundo lugar, a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada; ou seja, a decisão judicial é o único ato de poder que pode ser definitivo. A coisa julgada é uma qualidade jurídica específica do ato jurisdicional. A lei, o ato administrativo e o negócio jurídico podem ser revistos

revela que nem toda norma tem o seu âmbito de incidência claro, preciso, o que transfere ao magistrado a tarefa de, *in concreto*, completar a atividade legislativa.

101. CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 165, com base em pensamento de Parsons.

102. LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49, p. 162-163.

103. LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”, cit., p. 163.

104. Explica Luhmann: “Si no existe una alternativa, la decisión del tribunal ya fue anticipada por el legislador o por la conclusión del contrato; pero aun cuando esa fuera la intención, frecuentemente se descubren todavía alternativas. No hay ninguna decisión que pudiera excluir que, como consecuencia de la decisión, sean necesarias (o posibles) más decisiones”. (*El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 370, nota 21.)

105. *El derecho de la sociedad*, cit., p. 371. Também assim, CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 162-163.

pelo Poder Judiciário. Os atos jurisdicionais, porém, só podem ser revistos pelo próprio Poder Judiciário, por meio de recursos ou outras formas de impugnação.

Essa qualidade específica (coisa julgada) justifica-se no fato de a decisão jurisdicional ter de ser a última, aquela que prescreve a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica. Era preciso que alguém desse a última palavra sobre o litígio. Ora o Rei, ora o sacerdote, cabia a alguém dar a última palavra sobre o litígio. Atualmente, há órgãos específicos com essa função.

Mas a coisa julgada ainda pode ser encarada sob outro enfoque. Ela é um limite ao exercício da função jurisdicional e, pois, uma garantia do cidadão. Se a decisão jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso que haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido. A coisa julgada impede o reexame da questão pela lei, por ato administrativo e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

c) O processo garante-nos a certeza dos meios e a incerteza do resultado. O direito litigioso é pura incerteza. Não há como saber qual será o resultado de um processo, embora possamos prever toda uma sequência de atos processuais que devem ser praticados. O direito tido como certo pelo demandante, no processo é mera expectativa.

Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse, construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada.

d) Não se pode teorizar o absurdo casuístico e pontual. Explico: o movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações específicas marcadas pela desproporcionalidade. Situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais. Pergunto: vale a pena, por que o absurdo pode acontecer, criar, abstratamente, a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada? Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda. Admitimos a criação de regras gerais por indução (a partir do caso concreto), o que, aliás, está ratificado pela previsão constitucional

da “súmula vinculante” (art. 103-A, CF/88) e pela força normativa que se vem emprestando aos precedentes judiciais. Mas a regra geral induzida parte de uma situação-tipo, padrão, comum, trivial, prosaica; não de uma situação excepcional.

A coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é *exterminá-la*.

Não se discute, porém, a necessidade de repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas, de que serve de exemplo o exame genético para a identificação da filiação biológica. Esse “repensar”, todavia, tem de ser feito com bastante cuidado – passe o truismo –, e com base em critérios racionais e objetivos, de preferência previstos em texto legal expreso.

De um modo geral, concordamos com o pensamento de MARINONI, OVIDIO e NELSON NERY JR.: a) as hipóteses de ação rescisória devem ser revistas, tanto aquelas relacionadas a *errores in procedendo* como aquelas que objetivam corrigir injustiças (p. ex.: inciso IX do art. 485 do CPC); b) a *querela nullitatis* (ação imprescritível de nulidade da sentença) deve ser mais bem sistematizada, para que se admita a impugnação de decisões judiciais com gravíssimos vícios *formais*; c) não se pode permitir a revisão atípica dos julgados por critérios de justiça, o que levaria a um problema sem solução: quem garantiria a justiça da segunda decisão, que reviu a primeira?

Sempre que uma ideia possa servir para diminuir os direitos do cidadão e dar ensejo ao cometimento de arbitrariedades, é preciso estar atento, para estudá-la profundamente.

11. COISA JULGADA E INCIDENTE PROCESSUAL

É possível, também, cogitar de *coisa julgada material* proveniente de *incidentes processuais*. O incidente processual é procedimento que também tem o seu *objeto litigioso* (mérito), que, uma vez resolvido em *cognição exauriente*, pode dar ensejo à indiscutibilidade pela coisa julgada material.

O problema não é examinado pela doutrina, mas tem sua relevância. Não obstante a maior parte dos incidentes processuais tenha por conteúdo questões que somente têm relevância no processo em que estão sendo discutidas (incompetência territorial do juízo, impugnação ao valor da causa etc.), o que torna a discussão sobre a existência de coisa julgada material aparentemente pouco importante, o problema não é tão singelo.

Em primeiro lugar, dar a uma decisão estabilidade com o *status* da coisa julgada material tem outros efeitos, além do impeditivo que lhe é natural: dar ensejo, por exemplo, à ação rescisória. Assim, é preciso admitir, *por exemplo*, ação rescisória de decisão em conflito de competência¹⁰⁶, que é incidente com *mérito* próprio (conflito entre órgãos jurisdicionais em torno da competência para julgar uma ou mais de uma causa), distinto do mérito principal, certamente, mas nem por isso menos habilitado à produção da coisa julgada material. Não se pode esquecer que a competência, embora normalmente uma questão preliminar processual, pode também ser uma questão de mérito.¹⁰⁷

Em segundo lugar, há incidentes em que se discute questão que poderia ter sido objeto de um processo autônomo, como é caso do incidente de falsidade documental, que, de resto, é técnica de ampliação do mérito principal.

Em terceiro lugar, há incidentes que discutem questões que, a despeito de seu conteúdo processual, podem repetir-se em outro processo e, então, a coisa julgada que dele adviesse passaria a ter de ser observada. Veja o caso do incidente de suspeição ou impedimento, que veicula questão que, não obstante eminentemente processual, pode reaparecer em outro processo: p. ex., o mesmo juiz diante da mesma parte, cuja presença levava ao reconhecimento de sua *parcialidade*.¹⁰⁸ No v. I deste *Curso*, *defendeu-se a existência de coisa julgada material nestes últimos incidentes. Neste momento, além de reforçar o que foi dito alhures, estende-se a lição a qualquer outro incidente.*

106. Em sentido contrário, STJ, AR n. 3.231-PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.2.2007, com argumentos rebatidos no texto: “Trata-se de ação rescisória proposta com fundamento em ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), visando à desconstituição de decisão unipessoal proferida por ministro deste Superior Tribunal, decidindo conflito de competência. A Min. Relatora esclareceu que, consoante a regra do art. 485 do CPC, somente pode ser rescindida ‘a sentença de mérito, transitada em julgado’. A decisão proferida em conflito de competência não é sentença (seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material), nem soluciona uma questão de mérito. Assim, não cabe a propositura de ação rescisória para desconstituí-la. De todo modo, é importante ressaltar que a rejeição do pedido ora formulado não prejudica o direito invocado pelo autor. Na verdade, a decisão da Justiça do Trabalho que transitou em julgado diz respeito à responsabilidade da sociedade pelos débitos apurados na reclamação trabalhista proposta. Essa responsabilidade não fica alterada pelo fato de o processo ter sido remetido ao juízo falimentar. Vale dizer, não é só porque o processo correrá no juízo da falência que o débito deverá ser submetido ao concurso universal. A execução pode perfeitamente incidir sobre o patrimônio da sociedade solvente, cuja responsabilidade já foi reconhecida pelo Poder Judiciário. Precedentes citados: AR 923-PE, DJ 13/8/2001, e AgRg no CC 37.175-RJ, DJ 19/12/2003”.

107. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A competência como questão preliminar e como questão de mérito”. In: *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 100.

108. Assim, também, LIMA, Tiago Asfor Rocha. “Exceção de suspeição de magistrado: tutela provisória e efeitos (extrínsecos e intrínsecos) do julgamento do incidente”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 48, p. 105.

CAPÍTULO XIII

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Sumário • 1. Tutela antecipada e cautelar: semelhanças e diferenças: 1.1. A tutela definitiva: satisfativa (padrão) e cautelar; 1.2. A tutela provisória (sumária e precária): tutela antecipada. Antecipação dos efeitos da tutela definitiva; 1.3. Tutela cautelar e tutela antecipada: mecanismos de neutralização dos males do tempo. Traços distintivos; 1.4. Histórico da tutela antecipada satisfativa (atributiva). O poder geral de cautela e o poder geral de antecipação; 1.5. A “fungibilidade” entre tutela cautelar e antecipada satisfativa (art. 273, §7º, do CPC): 1.5.1. Noções gerais; 1.5.2. Subsistência do processo cautelar autônomo; 1.5.3. Cumulação de pedidos: cautelar e conhecimento; 1.5.4. “Fungibilidade” de mão dupla?; 1.6. Ressalva final. Foco do presente capítulo: tutela antecipada satisfativa – 2. Distinção entre liminar e tutela antecipada – 3. Tutela antecipada e julgamento antecipado da lide – 4. Análise do art. 273 do CPC: 4.1. Efeitos antecipáveis; 4.1.1. Antecipação da eficácia social da tutela; 4.1.2. A antecipação nas ações constitutivas e declaratórias; 4.2. Cabimento; 4.3. Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva; 4.4. Pressupostos gerais: 4.4.1. Prova inequívoca e verossimilhança das alegações; 4.4.2. Reversibilidade dos efeitos do provimento; 4.5. Pressupostos alternativos; 4.5.1. Noções iniciais; 4.5.2. Perigo da demora; 4.5.3. Atos protelatórios e abusivos da parte; 4.6. Legitimidade: 4.6.1. Autor, réu e terceiros intervenientes; 4.6.2. Ministério Público; 4.6.3. Concessão *ex officio*; 4.7. Forma de requerimento; 4.8. Momento: 4.8.1. Considerações iniciais; 4.8.2. Liminarmente; 4.8.3. Na sentença; 4.8.4. Em grau recursal; 4.9. Instrução; 4.10. Manifestação do requerido; 4.11. Decisão; 4.12. Efetivação; 4.13. Possibilidade de revogação/modificação; 4.14. Recursos – 5. A resolução parcial do mérito da causa (o § 6º do art. 273 do CPC): 5.1. Introdução; 5.2. Natureza jurídica: resolução parcial do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela; 5.3. Nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo; 5.4. A incontrovérsia; 5.5. Grau de cognição e aptidão para a coisa julgada material; 5.6. Recursos e ordem do processo no tribunal; 5.7. Execução definitiva – 6. A antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública: 6.1. Generalidades; 6.2. Leis fundamentais e sua constitucionalidade. Breve histórico; 6.3. Análise do julgamento da ADI n. 223-6/DF; 6.4. Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC 30/2001); 6.5. Tutela antecipada para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público; 6.6. Tutela antecipada contra o Poder Público em matéria tributária.

1. TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

1.1. A tutela definitiva: satisfativa (padrão) e cautelar

A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser *definitiva* ou *provisória*.

A *tutela definitiva* é aquela obtida com base em *cognição exauriente*, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada material. Prestigia, sobretudo, o valor segurança jurídica.

A *tutela definitiva* pode ser satisfativa ou não.

A *tutela definitiva satisfativa* é aquela que visa certificar e/ou efetivar o direito material discutido. Predis põe-se à satisfação de um direito material com a entrega do bem da vida almejado. É a chamada *tutela-padrão*¹.

1. A este respeito, conferir ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2 cd. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18-21.

Podem-se citar dois diferentes tipos de tutela definitiva satisfativa: a *tutela de certificação* de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória²) e a *tutela de efetivação* (realização dos direitos, tutela executiva, em sentido amplo).

Sobre as tutelas satisfativas, leciona JOSÉ ROBERTO BEDAQUE: “Destinam-se a resolver as crises de direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de restabelecer o ordenamento jurídico e a paz social. Tais tutelas proporcionam a plena e definitiva satisfação do direito, declarando-se e atuando-o praticamente”³.

Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma *tutela satisfativa* (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*).

Daí a criação de uma *tutela não-satisfativa*, de cunho *assecuratório*, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a *tutela cautelar*.

A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser *instrumental* e *temporária*.

É *instrumental* por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como “instrumental ao quadrado”. Por exemplo: o bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor.

A *tutela cautelar* não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe efetividade (art. 796, CPC).

É, ainda, *temporária* por ter sua eficácia limitada no tempo⁴. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida sua função

2. As tutelas de certificação de direitos a uma prestação, em regra, já são imediatamente seguidas da tutela de efetivação da prestação. Por isso se diz que a tutela condenatória conjuga certificação e efetivação – e em alguns casos, a própria tutela declaratória.

3. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 109.

4. Com posicionamento peculiar, DANIEL MITIDIER[●] defende que toda tutela, seja ela cautelar ou satisfativa, tem eficácia temporária. Para que cessem seus efeitos basta que ocorra uma mudança da situação fático-jurídica que ensejou sua concessão. O que há de peculiar na tutela cautelar é que a situação fático-jurídica que lhe serve de base é naturalmente mais instável, o que torna mais evidente a sua temporariedade eficaz, diz (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p.35). De

acautelatória, perde a eficácia. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva – isto é, com a resolução da causa em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (ex.: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente).

Mas essa temporariedade não exclui sua *definitividade*. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma *tutela definitiva*, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável.

Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, a final a cautela perde sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegado)⁵, mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.

Em suma, a decisão é *definitiva*, mas seus efeitos são *temporários*.

Com base em reflexões de Ovidio Baptista da Silva⁶, é possível fazer uma boa distinção entre o *provisório* e o *temporário*.

O *provisório* é sempre preordenado a ser “trocado” pelo *definitivo* que goza de mesma natureza – ex.: “flat” provisório em que se instala o casal a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção).

Já o *temporário* é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação – ex.: andaimes colocados para a pintura do edifício em que residirá o casal lá ficarão o tempo necessário para conclusão do serviço (e feito o serviço, de lá sairão, mas nada os substituirá).

Assim, a tutela cautelar não é provisória, pois nada virá em seu lugar da mesma natureza – é ela a tutela assecuratória definitiva e inalterável daquele bem da vida. Mas seus efeitos têm duração limitada e, cedo ou tarde, cessarão.

E, assim, por se dizer *definitiva*, a decisão cautelar jamais pode ser tida como *provisória* (ou precária). Não é uma decisão *provisória* a ser, posteriormente, substituída por uma definitiva – que a confirme, modifique ou revogue. Ela já é, em si, a decisão *final*, *definitiva*, para a questão.

Uma vez proferida, a decisão cautelar não é suscetível de ser modificada ou revogada a qualquer tempo. Preclusas as vias recursais, o seu dispositivo não

fato, a cláusula *rebus sic stantibus* é incrente a qualquer decisão judicial, conforme, aliás, defendido neste *Curso*. A temporariedade da tutela cautelar, no sentido em que apresentado neste *Curso*, significa outra coisa: a tutela cautelar, em razão da sua referibilidade com a tutela de outro direito, não dura para sempre: é eficaz apenas enquanto for útil.

5. Embora existam, como cediço, formas anômalas de perda de eficácia da cautelar: a) por desistência da ação cautelar (CPC 267 VIII); b) por falta de ajuizamento da ação principal (CPC 808 I), depois da efetivação da medida cautelar; c) por falta de execução da medida deferida (CPC 808 II); d) por declaração da extinção do processo principal, com ou sem julgamento de mérito (CPC 808 III).
6. *Processo cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 86 ss.

poderá ser alterado, nem mesmo pela superveniência de fatos novos – como dá a entender o art. 807, CPC, quando lido por clássicos doutrinadores⁷. A modificação do substrato fático pode ensejar uma nova demanda cautelar (com nova causa de pedir), a ser decidida por nova sentença, o que não interfere na coisa julgada (cautelar) formada na ação anterior.

A demanda cautelar, como todo ato de postulação, possui um objeto, *um mérito*, composto por pedido (de segurança) e causa de pedir (fumaça do bom direito e perigo da demora). E para quem defende que o mérito de toda postulação é uma lide, que seja: a lide cautelar configurar-se-ia por uma pretensão de conservação do direito afirmado alvo de resistência da parte adversa.

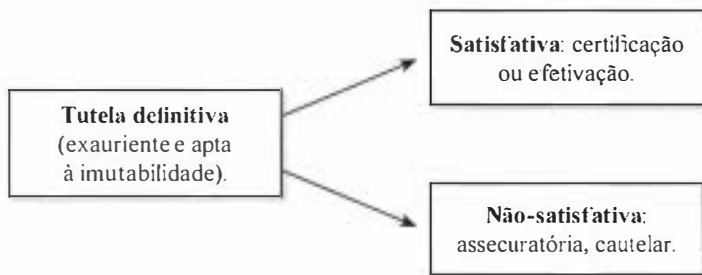
Na cautelar, *há cognição exauriente* (suficiente, profunda o bastante) do seu mérito, do seu objeto. A cognição do direito material acautelado é que é sumária – bastando que se revele plausível para o julgador (como exige a fumaça do bom direito)⁸. Por exemplo, para deferir-se a cautela de bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente, é necessário que o julgador examine, de forma exauriente, o preenchimento dos pressupostos legais (fumaça do bom direito *acautelado* e o perigo da demora) do pedido de segurança, mas basta uma cognição superficial para que conclua ser provável o direito de crédito assegurado.

Assim, se há decisão cautelar *de mérito*, com cognição exauriente, e não mais sujeita a recurso, há *coisa julgada cautelar*⁹. Preciosas as colocações de Calmon de Passos

7. É o caso de Humberto Theodoro Junior, ao afirmar que: “provisoriamente é de essência da tutela cautelar, de sorte que, a qualquer tempo, mesmo depois da sentença que formalmente encerra o processo de prevenção, sempre é possível ao juiz, em nova relação processual, rever a medida já deferida, quer para modificá-la, quer para revogá-la (Código de Processo Civil, art. 807)”. O mestre mineiro ressalva, tão-somente, o caso do art. 810 do CPC, quando o juiz, no bojo da cautelar, acolhe exceção de prescrição ou decadência. (*Curso de Direito Processual Civil*. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 377/378). Similar é o posicionamento de Galeno Lacerda que iraz, porém, maior número de exceções. Afirma que a tese só se aplica às cautelares “preventivas” e, não, às “repressivas” – por ex., atentado e incidente de falsidade –, pois, nestas últimas, haveria “definitividade” – vez que o juiz se inclina sobre os fatos do litígio para restitui-los ao estado anterior (*Comentários ao Código de Processo civil*. V. 8. T. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 227/228).
8. É o que bem explica EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA: “O *fumus boni iuri* é elemento do suporte fático do direito subjetivo de cautela, mas este ‘direito’ – uma vez concretizado seu suporte fático – tem sua existência revestida de certeza. O fato de um direito subjetivo ter suporte fático probabilístico não significa que o reconhecimento da existência desse direito não se faça, na sentença, sob juízo de certeza. Aliás, inúmeros são os direitos subjetivos cujo suporte fático traz uma mera probabilidade: os lucros cessantes constituem mera probabilidade embora suficiente para o nascimento do direito à indenização; os direitos do nascituro despontam com fulcro na mera probabilidade de um nascimento com vida; é possível disposição testamentária em favor de prole eventual de pessoas existentes” (Sentença cautelar, cognição e coisa julgada. cit., p. 368).
9. EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, em trabalho recente, defende, também, que a sentença cautelar de mérito favorável faz coisa julgada material, tornando indiscutível a pretensão material de segurança, que não se confunde com a assegurada. Há declaração de direito substancial de cautela sob cognição vertical exauriente que, tornada irrecurável, não poderá ser mais discutida em qualquer outro processo. (COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada – reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2011, n. 191, p. 365). Admite, também, a coisa julgada cautelar, MITIDIERO. Daniel. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p.36.

sobre o tema, que gera muita polêmica¹⁰ – e será enfrentado com mais afincio no volume dedicado à tutela cautelar: “Ouso dizer, e que me perdoem o atrevimento, que as decisões de mérito, em ação cautelar, são insuscetíveis de modificação, se não houve alteração na situação de fato – situação de perigo, que a determinou, ou se modificação não houver na situação do direito no tocante à plausibilidade da tutela favorável ao autor da medida. Só a mudança de um desses elementos constitutivos da causa de pedir autoriza a modificação. E se indeferida a medida, só nova situação de perigo, ou alterações nas condições anteriormente indicadas para fundamento do pedido, ou pedido de medida diversa da anterior, pode legitimar a postulação de nova cautelar. Essa imutabilidade pode não ser batizada com o nome de coisa julgada, mas que é imutabilidade é. Como chamá-la para não colocá-la na família nobre do processo de jurisdição contenciosa? É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão lora do processo cautelar é. E temos dito”¹¹.

Pois bem. Feitos os devidos esclarecimentos, ratifica-se que a tutela *definitiva* pode ser *satisfativa* (cognitiva ou executiva) ou *não-satisfativa* (cautelar) – mas sempre será exauriente e predisposta à coisa julgada. Eis uma síntese do quanto exposto:



Mas a entrega de todo tipo de tutela definitiva – ainda que não-satisfativa (cautelar) – pode demorar mais do que o esperado, colocando em risco sua efetividade. Trata-se de um dos males do tempo do processo.

10. Vide LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo civil*. v. 8, t. 1, cit., p. 277 ss.; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, cit., p. 377 ss. OVIDIO BAPTISTA DA SILVA, a despeito de repudiar os argumentos expendidos por outros autores para justificar a inexistência de coisa julgada cautelar – como a ausência de sentença de mérito ou a provisoriedade de sua decisão –, segue-os em sua conclusão. O autor defende que a sentença cautelar não transita em julgado, mas por outras razões; entende que isso “decorre da ausência de qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar. O juiz, ao decidir a causa, limita-se à simples plausibilidade da relação jurídica de que o autor se afirma titular e à existência de uma situação de fato de perigo. Ora, como se sabe, o juízo sobre os fatos jamais adquire selo de indiscutibilidade, pois sobre eles não se estende a coisa julgada (art. 469, CPC) (...) o juiz de futura demanda, ao reapreciar a mesma causa e decidir de modo diverso, nunca poderia agredir uma declaração sentencial contida no primeiro julgamento, pois a primeira sentença, por definição, nada declarou a respeito de qualquer relação jurídica” (*Processo cautelar*, cit., p. 185).
11. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 237.

Também no intuito de abrandar os efeitos perniciosos das delongas processuais, o legislador instituiu um novo tipo de *tutela jurisdicional diferenciada* (ao lado da cautelar): a *tutela provisória*, em si mais agressiva e incisiva, já que permite o gozo antecipado e imediato dos efeitos próprios da tutela definitiva pretendida (seja satisfativa, seja cautelar).

É a *tutela antecipada* – que confere a pronta satisfação/cautela do direito deduzido.

1.2. A tutela provisória (sumária e precária): tutela antecipada. Antecipação dos efeitos da tutela definitiva

A *tutela provisória* é aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar), permitindo sua pronta fruição. E, por ser provisória, será necessariamente substituída por uma tutela definitiva – que a confirme, revogue ou modifique.

É marcada por duas características essenciais: a sumariedade da cognição e a precariedade.

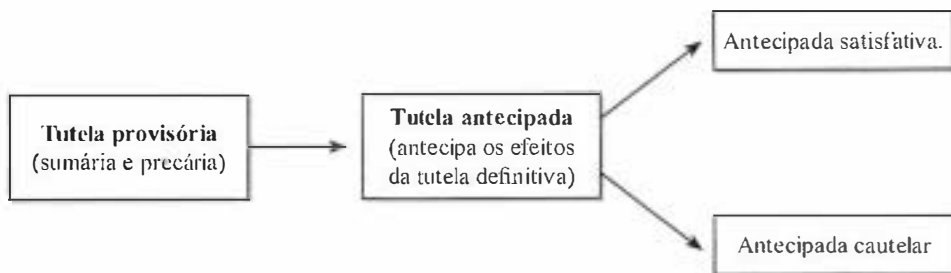
Identifica-se por ser fundada em uma *cognição sumária*, em uma análise superficial do objeto da causa, que conduz o magistrado a um juízo de probabilidade.

Particulariza-se, ainda, por sua *precariedade*, já que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Mas a revogação ou modificação de uma tutela deste viés só pode dar-se em razão de uma alteração do estado de fato ou do estado de prova – quando, na fase de instrução, restem evidenciados fatos que não correspondam àqueles que autorizaram a concessão da tutela¹².

E, por ser assim sumária e precária, a tutela provisória é *inapta a cristalizar-se com a coisa julgada material*.

A *tutela provisória, por excelência, é a tutela antecipada*. É aquela que antecipa os efeitos da tutela definitiva, isto é, a satisfação ou a cautela do direito afirmado, o que se pode esquematizar da seguinte forma:

12. “Com efeito, concedida a tutela à base de cognição sumária, é viável ocorrer que, com o desenrolar da instrução (...), resulte demonstrado que não é verdadeira a situação fática invocada para o deferimento da medida, que o risco de dano nunca existiu, que a aparência, à base da qual o juiz tomou sua decisão, não correspondia à realidade. Em tais casos, embora não tenha havido propriamente mudança no estado de fato, mas apenas mudança no estado da prova do fato, a medida poderá ser revogada ou modificada. E aqui reside o argumento básico para sustentar a inexistência de coisa julgada nesta espécie de tutela”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., cit., p. 35-36). É o que diz Zavascki, embora enquadre, o autor, a tutela cautelar como modalidade de tutela provisória – considerando-a sumária e precária.



Parece simples a sistematização dos diferentes tipos de tutela existentes (definitivas e provisórias). Mas a doutrina do processo tem uma dificuldade muito grande de distinguir, com precisão, a tutela antecipada (provisória) e a tutela cautelar (definitiva). É o que ora se enfrenta.

1.3. Tutela cautelar e tutela antecipada: mecanismos de neutralização dos males do tempo. Traços distintivos

A entrega da tutela-padrão (*definitiva satisfativa*) dificilmente se dá com a rapidez esperada. Entre o momento em que é solicitada e aquele em que é obtida, transcorre considerável lapso de tempo¹³. E isso pode gerar consequências práticas indesejáveis:

i) de um lado, dificulta a fruição e a disposição do direito reclamado enquanto pendente o processo, colocando-o sob o risco de dano irreparável ou de difícil reparação – exs.: necessidade de alimentos, realização de uma intervenção médica de emergência etc.;

ii) de outro, no curso do processo, é possível que ocorram eventos que coloquem em risco a futura realização do direito já certificado – ex.: se o réu se desfaz dos únicos bens que poderiam responder por uma eventual condenação.

Em tais casos, para que não fique comprometida a efetividade da tutela definitiva satisfativa (padrão), percebeu-se a necessidade de criação de mecanismos de preservação dos direitos contra os males do tempo. “A grande luta do processualista moderno é contra o tempo”, afirma conhecida doutrina¹⁴.

13. “(...) o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas, sem o quê ficará comprometida a satisfação do direito”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 113).

14. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed., cit., p. 115.

Assim, ao lado da *tutela-padrão* (satisfativa definitiva), criaram-se tutelas jurisdicionais diferenciadas, urgentes e acautelatórias dos direitos.

Uma delas é a *tutela cautelar*, que *preserva* os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa. A outra é a *tutela antecipada*, que *antecipa* os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa (ou não-satisfativa; isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a *futura eficácia* da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere *eficácia imediata* à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar).

Muitos confundem a *tutela antecipada* (provisória) com a *tutela cautelar* (definitiva). Possuem pontos em comum, é verdade, mas não deixam de ser substancialmente distintas. Rigorosamente, possuem naturezas jurídicas distintas: uma, a tutela antecipada, é uma técnica processual; a outra, a tutela cautelar, é uma espécie de tutela jurisdicional, resultado prático que se pode alcançar pelo processo. A dificuldade na distinção das figuras certamente decorre disso: possuindo diferentes naturezas, não deveriam ser confrontadas. Feita essa ressalva, podemos ir adiante.

Normalmente, coloca-se como característica comum a essas tutelas diferenciadas (cautelar e antecipada) o pressuposto do *perigo* (a *urgência*), mas nem sempre isso acontece, como é o caso da tutela antecipada fundada no inciso II do art. 273 do CPC (tutela antecipada *punitiva*)¹⁵, que dispensa o pressuposto do “perigo”.

No entanto, há quem entenda que sempre há o pressuposto da *urgência*, compreendida, aqui, em sentido amplo. Diz-se que a tutela é urgente quando se estiver diante de uma situação fática de risco ou embaraço à efetividade do direito, o que se dá: *i*) quando há risco de dano ao direito; *ii*) quando há risco de ineficácia da efetivação do direito; *iii*) quando o réu, abusando do seu direito de defesa ou lançando mão de estratégias protelatórias, põe obstáculos ao andamento do processo, comprometendo o oferecimento da tutela jurisdicional¹⁶.

Além disso, confunde-se, por vezes, *cautelaridade* com *urgência*.

As medidas de urgência visam evitar ou minimizar os efeitos do perigo. Mas não se confundem com tutela cautelar, esta última modalidade da primeira. *Tutela de urgência é gênero do qual a cautelar é espécie*.

Com efeito, a tutela de urgência visa evitar ou minorar os efeitos de lesão a direito, tendo por pressuposto negativo a sua consumação. Como sempre se vinculou a tutela cautelar ao perigo, até inconscientemente os autores, quando houvesse risco, identificavam a medida judicial pertinente a coibi-lo como se cautelar fosse. O perigo não é pressuposto exclusivo das medidas cautelares, embora seja característica inerente a todas elas. O perigo pode ser pressuposto da *tutela antecipada*, por exemplo.

15. NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. “Tutela Antecipada Sancionatória”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2006, n. 43, p. 18-19.

16. ZAVASCKI. Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2 ed., 1999. cit., p. 27.

Ambas identificam-se por ter uma *mesma finalidade*, que é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Servem para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o *ônus do tempo do processo* (se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele), conforme célebre imagem de LUIZ GUILHERME MARINONI.

Arigor, o tempo é um mal necessário para a boa tutela dos direitos. É imprescindível um lapso temporal considerável (e razoável) para que se realize o devido processo legal e todos os seus consectários em sua plenitude, produzindo-se resultados justos e predispostos à imutabilidade. É garantia de segurança jurídica. Bem pensadas as coisas, o processo “demorado” é uma conquista da sociedade: os “poderosos” de antanho poderiam decidir *imediatamente*.

Como bem pontua ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a “própria palavra processo (de ‘procedere’= seguir avanti) traz insita que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual”¹⁷. Assim, deve ser lida com temperamentos a assertiva de que o tempo é inimigo, quando se trata de processo jurisdicional. Trata-se, em verdade, de um grande aliado.

O que atormenta o processualista contemporâneo, contudo, é a demora irrazoável, o abuso do tempo. Um processo demasiadamente lento coloca em risco a efetividade da tutela jurisdicional.

Essa seria a função constitucional das tutelas cautelar e antecipada: a harmonização de tais direitos fundamentais (segurança e efetividade) em tensão.

Mas elas se distinguem por sua *estabilidade* – provisoriedade ou definitividade¹⁸.

A *tutela antecipada* é decisão *provisória* (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva (satisfativa ou não) – permite o seu gozo imediato. E a *tutela cautelar* é decisão *definitiva* (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa.

Nesse contexto, nota distintiva é a *temporariedade* ou não de seus efeitos. A *tutela cautelar*, malgrado definitiva, tem eficácia *temporária*. Já a *tutela antecipada*, embora *provisória*, pode ter seus efeitos perenizados se *satisfativa* e confirmada por tutela *definitiva*.

17. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 01.

18. Daniel Mitidiero acrescenta uma outra característica à tutela antecipada: a interinalidade. E esclarece que: “Interinalidade, aqui, não vai utilizada como um sinônimo de provisoriedade, modo como vai empregada normalmente pela doutrina em geral, embora essa seja uma das acepções possíveis do termo. Ao registrarmos que a antecipação de tutela satisfativa, em nosso direito positivo, é interinal, queremos referir que a mesma é tomada em determinada fase do procedimento, não tendo autonomia processual. Vale dizer: concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até final julgamento” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 68).

“(…) a cautelar é medida habilitada a ter sempre duração limitada no tempo, não sendo sucedida por outra de mesmo conteúdo ou natureza (isto é, por outra medida de garantia), razão pela qual a situação fática por ela criada será necessariamente desfeita ao término de sua vigência; já a antecipatória pode ter seus efeitos perpetuados no tempo, pois destinada a ser sucedida por outra de conteúdo semelhante, a sentença final de procedência, cujo advento consolidará de modo definitivo a situação fática decorrente da antecipação”¹⁹. Note que essa última lição só é correta nos casos de *tutela antecipada satisfativa* (não-cautelar).

Nítida é, ainda, a diferente *função* por elas exercida: *a) a tutela antecipada dá eficácia imediata à tutela definitiva* (satisfativa ou não) – por isso, há *antecipada-satisfativa* e *antecipada-cautelar*; *b) a cautelar assegura a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa*.

Assim, extremam-se pela sua *natureza*. A tutela antecipada pode ser satisfativa (art. 273 do CPC, p. ex.) ou não-satisfativa (cautelar, art. 804 do CPC, p. ex.) – ou seja, atributiva ou conservativa de bem da vida. A tutela cautelar é sempre não-satisfativa, conservativa, assecuratória.

Sob essa perspectiva, somente a *tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva*, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a *tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa*, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida²⁰⁻²¹, embora possa ser tutelada antecipadamente. Há tutela antecipada cautelar ou não-cautelar.

Muito mais comum, em doutrina, o confronto entre *tutela antecipada satisfativa* (atributiva) e *tutela cautelar* – ignorando a existência da tutela antecipada cautelar (conservativa)²².

19. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*, cit., p. 57.

20. Traçando essa distinção, Luiz Guilherme Marinoni, assevera que “a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza a missão que é completamente distinta da cautelar”. (*A antecipação da tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2004, p. 124).

21. José Roberto dos Santos Bedaque, malgrado espouse opinião diversa, informa que “há quem identifique no gênero tutela de urgência duas espécies distintas: a cautelar e a antecipatória, ambas destinadas a evitar que o tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional. (...) Distinguem-se, todavia, pelo caráter satisfativo de uma, inexistente na outra. As medidas cautelares exerceriam em nosso sistema apenas a função de assegurar a utilidade do pronunciamento futuro, mas não antecipar seus efeitos materiais, ou seja, aqueles pretendidos pela parte no plano substancial. A diferença fundamental entre ambas residiria, pois, nesse aspecto provisoriamente satisfativo do próprio direito material cuja tutela é pleiteada de forma definitiva, ausente na cautelar e inerente na antecipação”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27).

22. Nesse sentido, mais recentemente, visualizando que a tutela antecipada pode ser satisfativa ou cautelar, DANIEL MITIDIERO (MITIDIERO, Daniel. “Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à

Dai a menção ao célebre pensamento de PONTES DE MIRANDA, de que a tutela antecipada (atributiva, ressaltamos) efetiva/satisfaz para assegurar, já a tutela cautelar assegura para efetivar/satisfazer²³. Trata-se lição excelente para distinguir a *tutela antecipada satisfativa* da *tutela cautelar*.

Uma imagem talvez ajude²⁴: se duas pessoas brigam por um pedaço de carne, e uma delas pede ao magistrado que o ponha na *geladeira*, para que o vencedor possa usufruir do alimento ao final do processo, é requerer uma providência cautelar (assegura para efetivar no futuro); se o pedido for para a extração de um “bife”, para propiciar alimentação imediata, estar-se-á diante de uma tutela antecipada atributiva.

Esse traço distintivo é essencial²⁵, embora o legislador possa exigir para a concessão da *tutela antecipada satisfativa*, como normalmente o faz, pressupostos mais rigorosos do que os previstos para a concessão da *tutela cautelar*.

Como adiante será visto, enquanto para a tutela cautelar exige-se simples verossimilhança do direito acautelado (*fumus boni iuris*), para a tutela antecipada (atributiva) reclama-se verossimilhança fundada em prova inequívoca do direito a ser satisfeito antecipadamente – pressupondo-se, pois, cognição mais profunda, pautada em prova segura.

Essa distinção, porém, é fraca, pois varia conforme os humores do legislador (não se trata de um critério teórico para a distinção das figuras): dependerá sempre do exame do direito positivo. É possível, por exemplo, que se admita *tutela antecipada satisfativa* após o preenchimento de pressupostos bem singelos, como é o caso da tutela antecipada possessória (art. 928 do CPC), que dispensa a demonstração do perigo.

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO dá importante explicação da razão de ser da maior profundidade da cognição exigida em tutela antecipada (atributiva), digna de nota literal:

“Em sede de cautelar, certamente se faz algum exame dessa pretensão, mas com fito único de apurar se ela é plausível (presença do *fumus boni iuris*) e se a demora inerente à atividade processual pode pôr em risco o seu resultado prático (*periculum*

técnica antecipatória”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n. 197, p. 28-29). Também fala em tutela antecipada cautelar, COSTA, Eduardo José da Fonseca. Sentença cautelar, cognição e coisa julgada, cit., p. 369.

23. “No fundo, todos confundiam a antecipação ou adiantamento da execução (que normalmente viria após a sentença de cognição completa), tal como ocorre nas ações executivas de títulos extrajudiciais, notadamente no art. 585, II [475-O, CPC], e a asseguuração da prestação, essa mesma só peculiar a algumas ações cautelares, pois é ausente qualquer ‘execução’ nas ações de produção antecipada da prova e na maioria das ações de exibição” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, t. 12, p. 3-4, texto entre colchetes acrescentado). Sobre o tema, ainda, SILVA, Ovídio Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42-67.
24. Faça-se o registro: essa imagem é criação de Pedro Caymmi, Professor da Faculdade Rui Barbosa (BA), quando aluno de graduação de um dos autores deste volume, em setembro de 1998.
25. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 87.

in mora). Não assim na hipótese de antecipação de tutela: aí, o sopeso da probabilidade do sucesso da postulação ‘principal’ (e única) se faz para outorgar desde logo ao postulante o *bem da vida* que, a não ser assim, só lhe poderia ser atribuído pela sentença final”.

E mais adiante distingue ambas as tutelas levando em conta ganhos e perdas das partes em cada uma delas:

“Em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo ao demandado, invadindo sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito. Mas os resultados não são idênticos do ponto de vista do autor: a cautela não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança, já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito. A cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro; a antecipação o coloca desde logo em condições de fruir dele. Em simplificação talvez demasiada, mas certamente esclarecedora, em ambos os casos o demandado perde, mas só no último desde o autor ganha. O que se tira ao réu mediante cautela permanece sob custódia judicial, sem se transferir de imediato ao autor; o que a este se concede a título de antecipação, acrescenta-se prontamente ao se patrimônio jurídico”²⁶.

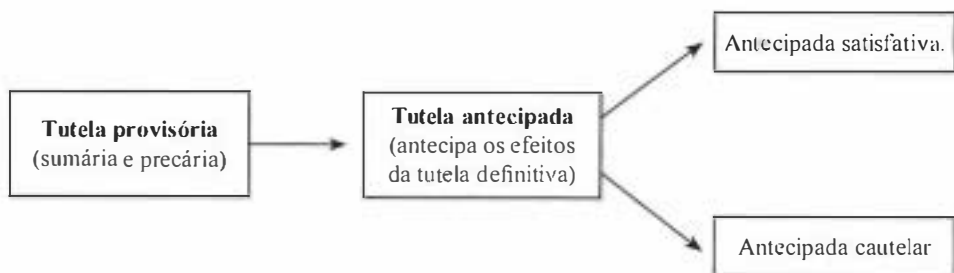
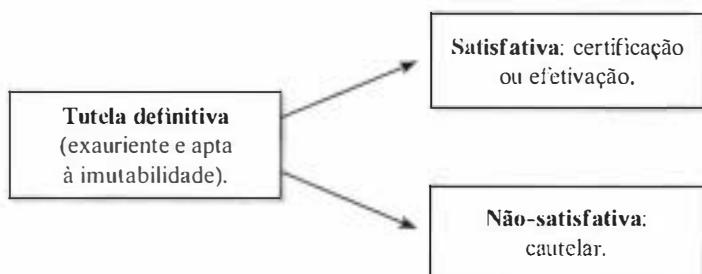
Para sintetizar o confronto, um *quadro comparativo* das tutelas antecipada e cautelar:

TRAÇOS DISTINTIVOS	TUTELA ANTECIPADA	TUTELA CAUTELAR
Função	Dá eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou não).	Assegura futura eficácia de tutela definitiva (satisfativa). É uma tutela definitiva não-satisfativa (com efeitos antecipáveis).
Natureza	Atributiva (satisfativa) ou conservativa (cautelar).	Sempre conservativa
Pressupostos (verossimilhança)	Normalmente mais rigorosos (quando for atributiva): prova inequívoca da verossimilhança do direito.	Normalmente mais singelos (por ser conservativa): simples verossimilhança do direito acautelado.
Pressupostos (urgência)	Pode pressupor urgência ou não.	Sempre pressupõe urgência.
Estabilidade	Provisória (a ser confirmada) Precária.	Definitiva Predisposta à imutabilidade.

26. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios: cautelares e liminares”. *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 27-28.

Cognição	Sumária	Exauriente Sumária é a cognição do direito acautelado.
Temporiedade (eficácia)	Temporária (se conservativa ou se atributiva revogada) <i>ou</i> Perpétua (se atributiva e confirmada)	Temporária

Traçadas as diferenças e as semelhanças entre os dois tipos de tutela (antecipada e cautelar), é possível inseri-las, da seguinte forma, em uma sistematização das tutelas jurisdicionais:



Em suma, a *tutela cautelar* é, ao lado das *tutelas de execução e certificação*, uma das três modalidades de tutela jurisdicional *definitiva*. A *tutela antecipada* é uma técnica que permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva (qualquer uma das três, inclusive a cautelar)²⁷.

Então, qual o motivo de tanta confusão?

27. Tratando-a como técnica processual, que diz respeito ao momento em que a tutela é oferecida e “ao módulo de cognição a ele vinculado”, DANIEL MITIDIERO (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p.29, 36 e 37).

Na verdade, há muito existe previsão de uma “tutela antecipada cautelar” (art. 804 do CPC). A partir de 1994, generalizou-se a possibilidade de “tutela antecipada satisfativa” (de certificação e efetivação), por força do art. 273 e do § 3º do art. 461 do CPC. Com isso, muitos se concentraram na inovadora previsão da *tutela antecipada satisfativa* e esqueceram que há muito já existia uma *tutela antecipada cautelar* (conservativa). Daí ser comum o equívoco de se dizer que a tutela antecipada é sempre satisfativa e só a cautelar é assecuratória.

Outro problema é que a *tutela definitiva* “cautelar” tem pressuposto que, por vezes (mas nem sempre), é utilizado como pressuposto para a tutela antecipada: perigo da demora. Ambas visam abrandar os males do tempo, para que não inviabilize a realização do direito material. Por isso, muitos as colocam sob o mesmo rótulo de “tutelas de urgência”, sem diferenciá-las.

Mas a existência de distinção entre tutela cautelar e tutela antecipada é reconhecida pela doutrina majoritária – com variações entre os critérios distintivos. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, embora reconheça destoar da maioria, adota pensamento diverso. Entende que cautelar seria gênero, do qual a tutela antecipada seria espécie:

“(...) a antecipação dos efeitos da tutela final não se revela incompatível com a natureza cautelar da medida judicial.

A aceitação dessa premissa está diretamente vinculada à maneira pela qual se determina o tipo de relacionamento entre antecipação e tutela final. Inserir o provimento antecipatório na categoria da tutela cautelar implica a necessidade de adequar tal finalidade e o conteúdo satisfativo à estrutura dessa modalidade de tutela jurisdicional. É imperioso que o escopo antecipatório da tutela cautelar não contrarie sua configuração estrutural e legal (...) Antes de mais nada, convém fixar o significado da expressão *antecipatório*. Se a considerarmos em sentido bem amplo, toda tutela cautelar, mesmo as conservativas, tem certo conteúdo antecipatório. O arresto, por exemplo, antecipa possível penhora a ser determinada na execução”.²⁸

Mais adiante, esclarece o autor que a tutela antecipada teria natureza cautelar, porquanto: “Não obstante satisfativas, não perdem o nexo de instrumentalidade com a tutela final, esta, sim, destinada a solucionar definitivamente a questão de direito material. Por isso, são cautelares”²⁹.

28. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3 ed., cit., p. 127.

29. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3 ed., cit., p. 134.

Ainda defendendo a natureza cautelar da tutela antecipada, quando concedida com base em situação de perigo, tem-se CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA³⁰, ANTONIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO³¹, MARCELO LIMA GUERRA³² etc.

Há fundamento para essa identificação entre as tutelas antecipada e cautelar. É que no direito estrangeiro não se distinguem, ambas são inseridas na rubrica comum da tutela cautelar, não raro seguindo o mesmo regime processual. Lá, o que mais importa, é conter o perigo da demora³³.

A aproximação seria razoável partindo-se da premissa de que ambas são fundadas em urgência. Mas isso pode não acontecer com a *tutela antecipada satisfativa*, como visto, fato que, por isso, impede que se adote essa premissa neste *Curso*.

1.4. Histórico da tutela antecipada satisfativa (atributiva). O poder geral de cautela e o poder geral de antecipação

O poder geral de cautela é aquele atribuído ao magistrado para que conceda medidas provisórias e urgentes de natureza cautelar, mesmo não previstas expressamente em lei, desde que presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora. Trata-se de previsão legal de *atipicidade* da tutela cautelar.

Já o *poder geral de antecipação* é aquele conferido ao órgão jurisdicional para que conceda medidas provisórias e sumárias que antecipassem a *satisfação* do direito afirmado, quando preenchidos os respectivos pressupostos legais (art. 273 e § 3º do art. 461 do CPC). Cuida-se de positivação da atipicidade (generalização) da tutela antecipada satisfativa.

Por muito tempo, enquanto já se tinha instituído no diploma processual brasileiro o *poder geral de cautela* (art. 798, CPC), com a possibilidade de concessão de medidas cautelares atípicas – inclusive em caráter antecipatório, art. 804 do CPC –, não se tinha, ainda, a consagração legal do *poder geral de antecipação*

30. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 84, p. 15.

31. MACHADO, Antonio Cláudio Costa. “Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 216-219.

32. Marcelo Lima Guerra registra que, a seu ver, na hipótese do art. 273, I, CPC, a antecipação de tutela é prestação de tutela cautelar, pois “tem função idêntica a de todas as medidas cautelares, a saber, a garantia do resultado útil (efetividade) da decisão final”. (*Estudos sobre o Processo Cautelar*. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 98.)

33. THEODORO JR., Humberto. “As liminares e tutela de urgência”. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. José Manoel Arruda Alvim Netto e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 267. Athos Gusmão Carneiro faz um interessante painel de direito comparado. *Da antecipação de tutela*. 5 ed., cit., p. 13-15.

satisfativa, ficando o magistrado restrito à possibilidade de concessão das medidas antecipatórias satisfativas expressamente tipificadas na lei, previstas em alguns procedimentos especiais, como nas ações possessórias e no mandado de segurança.

A tutela antecipada só era prevista, excepcionalmente, para a satisfação imediata de alguns direitos, tutelados por procedimentos especiais – como nas ações possessórias, mandado de segurança, ação de alimentos. Mas para a generalidade dos direitos, tutelados pelos ritos comuns – ordinário e sumário –, não havia previsão de uma tutela provisória satisfativa.

Essa lacuna legislativa revelava a inadequação e insuficiência do rito comum para a tutela dos direitos.

Diante desta limitação imposta ao poder judicial de conceder medidas antecipatórias satisfativas, a tutela cautelar passou a ser desvirtuada. Passou-se a utilizar, na praxe forense, o poder geral de cautela para conceder-se medidas antecipatórias atípicas (satisfativas), como se cautelares fossem, criando-se, jurisprudencialmente, as chamadas “cautelares satisfativas”.

Com isso, deformou-se, na sua essência, a tutela cautelar.

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO denuncia a incoerência da absurda prática: “Pelo que nos diz respeito, falar-se de cautelar satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto a ideia de *gelo quente*. Ou bem se fica com o substantivo ou com o adjetivo; ou se trata de cautela e não satisfaz, ou a medida é satisfativa e não pertence ao universo das cautelares”³⁴.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE informa que o desvirtuamento das cautelares, inclusive, atravessou fronteiras:

“O abuso da cautelar antecipada ocorreu não só no Brasil. Em países onde existem regras semelhantes ao nosso art. 793, também se verificou esse uso possivelmente indevido do mecanismo cautelar, para concessão de tutelas de urgência não cautelares [como na Itália]. Talvez esse seja o principal motivo por que a doutrina nacional rejeita a cautelar antecipatória, tal como imaginada por Calamandrei, bem como tende a restringir essa modalidade de tutela àquelas medidas de natureza conservativa”³⁵.

Através das “cautelares satisfativas”, a tutela antecipada satisfativa – medida, em si, mais agressiva – era concedida com o preenchimento dos pressupostos legais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), mais singelos, como visto.

34. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, cit., p. 23.

35. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed., cit., p. 292.

Além disso, havia uma desnecessária “dobra de processos”: a “ação principal” dessa ação cautelar nada mais era do que a renovação da ação cautelar satisfativa originária, uma espécie de demanda confirmatória dos termos da demanda anteriormente ajuizada³⁶.

A prática disseminou-se, a ponto de, em certos tribunais do país, algumas “cautelares satisfativas”, de tão frequentes no foro, terem ganhado inclusive “código próprio” na distribuição (é o caso, por exemplo, da “cautelar de sustação de protesto”, de nítido caráter satisfativo).

Se de um lado poderia ser encarada como um desvirtuamento da técnica processual, de outro o surgimento jurisprudencial das “cautelares satisfativas” serviu como demonstração da *força normativa* do princípio da adequação: diante de um sistema inadequado para a tutela dos direitos em situação de urgência ou evidência, o Poder Judiciário viu-se na contingência de “adequar” a legislação processual e sanar a lacuna legislativa; e, neste último aspecto, tiveram essas “ações” um papel destacado no desenvolvimento do estudo da tutela de urgência no direito processual brasileiro e na remodelação do tratamento legislativo da matéria.

Com a reforma dos arts. 273 e 461, §3º, do CPC, pela Lei n. 8.952/1994³⁷, inseriu-se, no bojo do procedimento comum, o *poder geral de antecipação (satisfativa)*, generalizando a autorização legislativa para a concessão da tutela antecipada satisfativa, agora permitida para “qualquer direito”, e não apenas para aqueles que se tutelavam por alguns procedimentos especiais. Promoveu-se a “ordinarização” da tutela antecipada satisfativa – ou seja, o que antes era privilégio de alguns procedimentos especiais tornou-se regra no nosso sistema –, não havendo mais espaço, hoje em dia, para falar-se em “cautelar satisfativa”³⁸.

O § 3º do art. 461 destina-se à tutela antecipada em ações de prestação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro. O art. 273 cuidaria da antecipação dos efeitos da tutela nas ações declaratórias, constitutivas e de prestação pecuniária. Não há processo, portanto, que não contenha regra que permita a antecipação da tutela. Ambos os artigos, porém, estão interligados, formando um *sistema de concessão de tutela antecipada*.

36. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 8 ed., cit., p. 168-170.

37. Completando o sistema da tutela antecipatória genérica, criou-se a tutela específica antecipatória para qualquer espécie de obrigação de fazer e não-fazer, prevista no art. 461, CPC. A evolução das leis demonstra a preocupação do Estado em dar a *exata e adequada* tutela jurisdicional às situações postas em juízo, incluída a tutela específica da obrigação. O artigo 461 do CPC praticamente repete o que se encontrava disposto no artigo do Código Consumerista.

38. Sobre o tema, válida é a leitura da obra de Athos Gusmão Carneiro (*Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 7 e seguintes).

A “generalização” da tutela antecipada satisfativa (e não a sua criação!, pois, como visto, ela já era prevista em alguns procedimentos especiais), em 1994, é um marco histórico inoidável da evolução do direito processual civil brasileiro, principalmente por ter incorporado, ao processo de conhecimento, atividade jurisdicional executiva, dando início ao sincretismo processual que, anos depois, acabou por consolidar-se no direito brasileiro (notadamente com a edição da Lei Federal n. 11.232/2005).

A utilização de “ações cautelares satisfativas” não mais se justifica, portanto.

1.5. A “fungibilidade” entre tutela cautelar e antecipada satisfativa (art. 273, §7º, do CPC)

1.5.1. Noções gerais

A Lei Federal n. 10.444/2002 acrescentou o § 7º ao art. 273 do CPC, imprimindo nova revolução na técnica de concessão das chamadas tutelas provisórias de urgência. Consagrou-se a denominada *fungibilidade* das medidas urgentes (cautelar e antecipada satisfativa).

Não se trata, rigorosamente, de um caso de *fungibilidade* entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, até, porque, conforme vimos, possuem naturezas distintas: a primeira é um tipo de tutela e a segunda uma técnica de tutela. O que o § 7º do art. 273 autoriza é que, formulado um pedido de tutela antecipada satisfativa, possa ser concedido um pedido de tutela antecipada cautelar, tudo no processo de conhecimento. Ou seja, admite-se que a tutela cautelar seja concedida em processo não cautelar. Não há, pois, correção ou aproveitamento; não se pressupõe erro do demandante na escolha da via processual ou na formulação do pedido; não se pode, portanto, falar em *fungibilidade*³⁹. Trata-se de uma opção legislativa pela simplificação: a tutela antecipada no processo de conhecimento também pode servir como técnica de antecipação da tutela cautelar, além da tutela satisfativa. Adota-se, porém, o termo “fungibilidade”, que já se encontra consagrado doutrinária e jurisprudencialmente, pondo-lhe aspas para ressaltar o posicionamento aqui defendido.

Feita a ressalva, vamos adiante.

As medidas cautelares e antecipatórias satisfativas, como já dito, têm natureza distinta, embora possuam mesma função – abrandar os males do tempo⁴⁰. A doutrina já extremara, com razoável precisão, a distinção entre uma e outra.

39 Perceberam o ponto Leonardo José Carneiro da Cunha e Roberto Gouveia Filho, em conversas eletrônicas mantidas com um dos autores desse livro.

40. A afirmação é de Teori Albino Zavascki, em brilhante trabalho: “Medidas cautelares e medidas antecipatórias”. *Inovações do Código de Processo Civil*. José Carlos Teixeira Giorgis (org.). Porto Alegre: Livraria

“Este parágrafo, ao aceitar a possibilidade de confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, frisa a diferença entre ambas. Isto, por uma razão de lógica básica: somente coisas *distintas* podem ser *confundidas*”⁴¹.

Essa distinção, hoje consagrada, tinha relevância para identificar a tutela antecipada satisfativa, raramente admitida até a reforma de 1994, que refez os textos dos arts. 273 e 461, § 3º, CPC, e a tutela antecipada cautelar, genericamente admitida pelo art. 804 do CPC.

Atualmente, essa distinção perdeu um pouco da sua utilidade prática, embora permaneça incólume no plano doutrinário. Isso porque, de acordo com o § 7º do art. 273 do CPC, a tutela antecipada, satisfativa ou cautelar, pode ser concedida no bojo do procedimento comum de conhecimento. Todas aquelas situações-limite, nas quais o magistrado hesitava no momento da concessão da medida, por não saber ao certo se exigia a prova inequívoca ou a “simples fumaça do bom direito”, estão resolvidas. Aquelas lacônicas decisões que negavam a antecipação da tutela satisfativa, por tratar-se de provimento cautelar, não mais se justificam.

O legislador, no dispositivo citado, admitiu a “fungibilidade” de pedidos, “no sentido de que nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título”⁴². Admite-se, pois, a possibilidade de concessão de tutela cautelar fora do âmbito do processo cautelar.

É possível agora, sem mais qualquer objeção doutrinária, a concessão de providimentos cautelares no bojo de demandas de conhecimento. Não há mais necessidade de instauração de um processo com objetivo exclusivo de obtenção de um provimento acautelatório: a medida cautelar pode ser concedida no processo de conhecimento, incidentalmente, como menciona o texto legal⁴³.

A redação do dispositivo é bastante clara:

“Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Acolheu-se quase que literalmente a sugestão de HUMBERTO THEODORO JR.:

“Não se deve, portanto, indeferir tutela antecipada simplesmente porque a providência preventiva postulada se confundiria com medida cautelar, ou rigorosamente, não se incluiria, de forma direta, no âmbito do mérito da causa. Havendo evidente

do Advogado, 1997, p. 23-46.

41. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 154.

42. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

43. Também neste sentido, TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: RT, 2006, p. 177 e segs.

risco de dano grave e de difícil reparação, que possa, realmente, comprometer a efetividade da futura prestação jurisdicional, não cometerá pecado algum o decisor que admitir, na liminar do art. 273 do CPC, providências preventivas que, com mais rigor, deveriam ser tratadas como cautelares. Mesmo porque as exigências para o deferimento da tutela antecipada são maiores do que as da tutela cautelar”.⁴⁴

Perceba-se que os requisitos para a concessão dessa medida cautelar são os mesmos exigidos para a medida cautelar antecipada requerida via processo cautelar (art. 804, CPC) – já que o texto legal refere-se aos “respectivos requisitos”. Não está o autor em qualquer situação de “desvantagem processual” ao requerer a providência por esta forma – poderia ser alegada uma maior “dificuldade” na sua obtenção, na medida em que o magistrado talvez exigisse o preenchimento dos requisitos pertinentes à tutela antecipada satisfativa, sabidamente mais rigorosos. Ao contrário. O legislador permitiu a concessão da medida cautelar antecipada no próprio processo de conhecimento, uma vez preenchidos os *seus* requisitos (perigo da demora e fumaça do bom direito). Com isso, está dispensado o requerente de todos os ônus inerentes a um processo autônomo: petição inicial, custas, réplica, provas, recursos etc. Libera-se o Poder Judiciário das tarefas de processar e decidir um outro processo – aliás, a praxe já demonstrava que os magistrados julgavam as demandas de conhecimento e cautelar em uma mesma decisão.

● processo de conhecimento, que com as reformas de 1994 e 2005 já recebeu grandes doses de efetivação e assecuração (a própria antecipação da tutela, que possui funções executivas e de segurança), com essa mudança continuou caminhando para a plenitude do sincretismo das funções jurisdicionais: na própria relação jurídica processual com função cognitiva, podem ser alcançadas a tutela cautelar e a tutela executiva.

Observando-se o quadro de mudanças legislativas, pode-se tranquilamente identificar uma tendência inexorável de nossa legislação: a unificação dos “processos”. Com o claro objetivo de acabar com a vetusta exigência de que, para cada função jurisdicional, uma relação jurídica processual autônoma, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da “multifuncionalidade”.

Para alguns autores, além dos requisitos gerais para a concessão da tutela cautelar – *fumus boni iuris e periculum in mora* –, um outro deve ser preenchido para que tenha aplicabilidade a regra da Fungibilidade. Para que cautelar seja deferida, mediante requerimento de tutela antecipada, seria necessário que *haja*

44. THEODORO Jr., Humberto. “Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 94. Sobre a fungibilidade das medidas urgentes, devem ser consultados, ainda: BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001; ASSIS, Araken de. “Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 422-452.

dívida fundada e razoável quanto à sua natureza, dizem. Ou seja, só seria permitida a aplicação do dispositivo em hipóteses excepcionais, quando subsistir fundada incerteza sobre qual a medida de urgência correta e adequada para o caso. Fica excluída, a medida, se a parte incorreu em erro grosseiro. É o que pensa, por exemplo, LUIZ GUILHERME MARINONI⁴⁵. JOAQUIM FELIPE SPADONI, malgrado reconheça que essa exigência não consta na lei, afirma que “a demonstração dos requisitos se impõe, sob pena de se permitir o uso abusivo e de má fé de pedidos de antecipação de tutela supostamente equivocados”⁴⁶. Assim, com base nesse entendimento, há quem repudie, por exemplo, a concessão de cautelar típica em sede de processo de conhecimento⁴⁷.

Parece-nos, porém, que não está correto esse pensamento. *Em primeiro lugar*, o pressuposto não consta do texto normativo, não sendo lícito criá-lo, por analogia ao sistema da fungibilidade dos recursos, sem uma razão séria a justificar a adequação. *Em segundo lugar*, a tendência de transformação de um mesmo processo em ambiente propício para a concessão de qualquer modalidade de tutela jurisdicional, ao lado de ser providência reclamada pela doutrina, parece hoje realidade normativa incontestável, sendo, pois, um dado a ser levado em consideração, que revela o “ânimo” da reforma: facilitar a concessão de providências urgentes. *Em terceiro lugar*, exigir esse pressuposto é criar mais um problema a ser solucionado pela jurisprudência: o que “é dúvida razoável”? A concessão da tutela cautelar terá mais um obstáculo a superar e a reforma, que veio para eliminar discussões teóricas, terá criado mais uma... *Em quarto lugar*, a interpretação revela um excesso de formalismo, dificultando a “fungibilidade”, técnica de aproveitamento que está em total consonância com o sistema de invalidades processuais (art. 243-250 do CPC), sobretudo após levar-se em conta que, nestes casos, o juiz estará diante de uma situação de urgência⁴⁸. *Em quinto lugar*, e o mais importante, *não se trata de aplicação da fungibilidade, pois não se pressupõe erro do demandante; assim, não é necessário que se fale em “dívida razoável” ou pressupostos semelhantes*.

Afora os requisitos a serem preenchidos para a aplicação da regra da “fungibilidade”, surgem, de cara, inúmeras outras questões a serem enfrentadas.

Analisemos, uma a uma, com cuidado.

45. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8 ed., 2004, p. 154 e 155.

46. SPADONI, Joaquim Felipe. “Fungibilidade das tutelas de urgência”. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257.

47. DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 182.

48. Assim, TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. cit., p. 174 e ss.

1.5.2. Subsistência do processo cautelar autônomo

A possibilidade de requerimento, agora com base legal expressa, de medida cautelar no próprio processo de conhecimento enfraqueceu o já desprestigiado processo cautelar autônomo. Ora, qual é a utilidade de a parte dar ensejo a um processo cautelar autônomo preparatório, se o pedido cautelar puder ser formulado no processo de conhecimento, que ademais seria necessariamente ajuizado (art. 806, CPC)? Realmente, quase nenhuma.

Até mesmo a salutar discussão que se travava, antes da reforma, sobre a possibilidade de concessão de providências satisfativas pelo procedimento cautelar, também perdeu a utilidade, pois o rigor científico, que exigia a postulação dos diversos tipos de tutela em seu “tipo de processo” respectivo, foi desestimado por essa benfazeja simplificação normativa⁴⁹.

Pelo que ora visualizamos, restarão ao processo cautelar autônomo duas únicas utilidades: a) como ação cautelar incidental (art. 800, CPC),⁵⁰ tendo em vista a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294, CPC), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento; b) nas hipóteses em que a ação cautelar é daquelas que dispensa o ajuizamento da ação principal, exatamente porque não se trata de medida cautelar (exibição – arts. 844/845, CPC, caução – arts. 826/838, CPC), ou porque não se trata de medida cautelar constritiva (produção antecipada de provas, arts. 846/851, CPC).⁵¹

Dúvida pode existir, ainda, quanto à possibilidade de requerimento da providência cautelar em momento posterior ao ajuizamento da demanda de conhecimento.

Nosso sistema de preclusões organiza-se de modo a evitar ampliação do objeto litigioso após a fase de ordenamento do processo (arts. 323-328, CPC). Até esse momento, é permitida a ampliação objetiva do processo, por exemplo, pela reconvenção, ação declaratória incidental, oposição interventiva (art. 59, CPC) e denunciação da lide. A partir desta constatação – e como forma de restringir ainda mais a utilidade do processo cautelar autônomo – sugerimos a criação de dispositivo normativo, que expressamente autorize a formulação ulterior de pedido cautelar, nos mesmos autos da demanda de conhecimento, ao menos até o término da fase ordenatória, sem necessidade de instauração de relação jurídica processual nova.

49. “Nesse exato sentido, o processo cautelar perde autonomia em favor da ampliação da importância da antecipação de tutela”. (DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 181.)

50. Muito utilizada como forma de obtenção de efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário, dele desprovidos, ou para autorizar o seu imediato processamento, quando a lei lhes impõe o regime retido (art. 542, §3º, CPC).

51. Também vislumbrando a redução da utilidade do processo cautelar autônomo. SPADONI, Joaquim Felipe. “Fungibilidade das tutelas de urgência”, cit., p. 318 e 319.

1.5.3. Cumulação de pedidos: cautelar e conhecimento

Era corrente o entendimento segundo o qual não se poderiam cumular, em um mesmo processo, pedidos de certificação e de cautela⁵². Não incidiria, no particular, a regra do art. 292, CPC.

Por certo essa regra já vinha sendo mitigada pela prudência dos juízes.

Não se desconhece, por exemplo, o pedido liminar de decretação de indisponibilidade dos bens do réu na ação de improbidade administrativa (ação de conhecimento, como se sabe). Que natureza teria esse pedido se não a de um arresto – medida de garantia a futura execução por quantia certa? Nem os membros do Ministério Público deixavam de pedi-lo, em suas petições iniciais, nem os magistrados o indeferiam com base na inadmissibilidade da cumulação⁵³.

Demais disso, já há muito se encontram em nosso sistema outros procedimentos especiais de conhecimento, no bojo dos quais, para alguns doutrinadores, admite-se, por lei, a concessão de medida cautelar. É o caso da ação civil pública (art. 12, Lei n. 7347/1985), da ação popular (art. 5º, §4º, Lei n. 4717/1965), do mandado de segurança (art. 7º, III, Lei n. 12.016/2009), dentre outros, cujas liminares poderiam ter natureza de tutela antecipada satisfativa ou cautelar, segundo parcela da doutrina⁵⁴.

Com esse novo dispositivo, não há como negar-se a possibilidade de cumulação de pedidos cautelar e de conhecimento, no bojo do eixo procedimental pertencente às causas cognitivas. Muito oportunas as palavras de CÂNDIDO DINAMARCO:

“Quando bem compreendido, em face do sistema das medidas urgentes, esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que podem ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade. Ele pode valer muito mais pelos caminhos que é capaz de abrir, do que por aquilo que resulta da mera leitura de suas palavras. A Fungibilidade entre as duas tutelas deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes...”⁵⁵

52. Eis a anotação de Theotônio Negrão: “Não podem ser cumuladas a ação cautelar, com principal (RSTJ 89/205, RTFR 152/29, RT 498/92, JTA 47/74, RJTJERGS 153/285), inclusive declaratória (RSTJ 68/381), devendo o autor ser intimado a promover o desmembramento dos feitos, sob pena de indeferimento da inicial (TFR, 4ª Turma, Ag 58.154-PE, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 9.11.88, v. u., DJU 20.2.89, p. 1.131)...” (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*: 35 ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, nota 10 ao art. 292, p. 381 e 382).

53. Já admitia a concessão de medidas cautelares no bojo de procedimento não-cautelar, ZOLLINGER, Márcia Brandão. “Provimentos antecipatórios, cautelares e liminares: a importância da distinção”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 18, p. 767.

54. TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. cit., p. 178 segs.

55. DINAMARCO, *A reforma da reforma*, cit., p. 91-92. Nesse sentido, TARDIN, Luiz Gustavo. *fungibilidade das tutelas de urgência*, cit., p. 177 segs.

1.5.4. “Fungibilidade” de mão dupla?

Conforme dissemos, o novo texto legal parece ter buscado inspiração direta em trabalho de HUMBERTO THEODORO JR. – embora existam outros notáveis ensaios doutrinários a respeito do assunto, que certamente também influenciaram/robusteceram a opção legislativa. O pensamento do professor mineiro era claro no sentido de apenas sugerir a “fungibilidade” de mão-única (“regressiva”, para fins didáticos): de antecipação da tutela satisfativa para tutela antecipada cautelar, do mais para o menos rigoroso. Eis a íntegra do seu pensamento:

“O que não se pode tolerar é a manobra inversa, ou seja, transmutar medida antecipatória em medida cautelar, para alcançar a tutela preventiva, sem observar os rigores dos pressupostos específicos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio”⁵⁶.

De fato, a simples leitura do novo §7º do art. 273 nos leva a concluir que não está permitida a fungibilidade “progressiva”: de tutela antecipada cautelar para tutela antecipada satisfativa, essa mais rigorosa do que aquela.

Assim não pensa, todavia, CLÁUDIO DINAMARCO, para quem “também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos”⁵⁷.

Falando das medidas cautelares típicas e atípicas e das medidas antecipatórias satisfativas típicas e atípicas, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e LUIZ RODRIGUES WAMBIER declaram sempre terem considerado que subsiste uma certa margem de fungibilidade entre tais figuras.

“As questões que se colocavam e que se colocam são muitas: por exemplo, será que, pleiteando a parte uma medida cautelar nominada, pode o juiz, se presentes os pressupostos alistados no texto de lei, conceder outra, desta vez inominada, mas de idêntica significação no mundo empírico?

E o inverso?

Formulando a parte pedido de antecipação da tutela, pode o juiz conceder providência de índole cautelar? E vice-versa?

A resposta genérica que, num primeiro momento, em nosso entender se pode dar a estas perguntas é a de que razões de ordem formal não devem obstar que a parte obtenha a seu favor provimento cujo sentido e função sejam o de gerar condições à plena eficácia da providência jurisdicional pleiteada ou a final, ou em outro processo, seja de conhecimento, seja de execução.

56. “Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 94. Nesta linha, DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 182-183.

57. DINAMARCO, *A reforma da reforma*, cit., p. 92.

É indisputável que, como regra geral, nas zonas de penumbra, se decida em favor dos valores fundamentais⁵⁸(grifos adicionados), *in casu*, valorizando-se a máxima do acesso à tutela jurisdicional adequada e efetiva⁵⁹.

Também pela “fungibilidade” de mão dupla, LUIZ GUILHERME MARINONI, mas com algumas ressalvas.

Já em 1991, defendia a possibilidade de concessão de tutela cautelar no bojo do processo de conhecimento, demonstrando que o processo cautelar autônomo só seria necessário quando indispensável a produção de provas para uma melhor elucidação dos fatos, quando essencial uma instrução mais profunda. E, diante disso, conclui: “Contudo, o fato de ser possível pedir tutela cautelar no processo de conhecimento nada tem a ver com a possibilidade de concessão de tutela antecipatória ainda que tenha sido solicitada cautelar, ou com a ideia de fungibilidade (presente no art. 273, §7º). A concessão de tutela antecipatória no caso em que houver sido pedida a cautelar somente é possível em hipóteses excepcionais, ou seja, quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente”⁶⁰.

A princípio, não vemos autorização legislativa para a “fungibilidade” “progressiva”, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singelo do que procedimento comum (sumário/ordinário) de conhecimento. Como se disse, não se autoriza, aqui, a “fungibilidade” do procedimento. Permite-se, sim, o processamento de um pedido por determinado rito que, a princípio, não lhe era cabível. Em nenhum momento se autorizou a utilização de procedimento cautelar para a obtenção de provimento satisfativo.

Se se trata de pretensão satisfativa (não-cautelar), é realmente necessária a utilização de procedimento com ela compatível. Quando quis permitir a utilização do procedimento cautelar para fins não-cautelares, não poupou esforços o legislador, como demonstra a existência dos procedimentos específicos da caução, da exibição e dos alimentos provisionais.

Há ainda um inconveniente político.

Como bem acentuam todos, a distinção entre os requisitos das tutelas de urgência além de polêmica é sutil; para os magistrados, então, a dificuldade se multiplica, pois sequer os livros que consultam chegam a um denominador comum.

-
58. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 61.
59. Com posicionamento semelhante, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 2002, p. 93; SPADONI, Joaquim Felipe. “Fungibilidade das tutelas de urgência”, cit., p. 314; TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, p. 172 e segs.; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 3, p. 74 e segs.
60. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 154 e 155. Contra a fungibilidade de mão dupla, ALVIM, José Manoel Arruda. “Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002”. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

Embora prevista essa “fungibilidade”, os requisitos específicos de cada uma das modalidades de tutela de urgência ainda devem ser aplicados, cada qual com suas peculiaridades; não foram dispensados pelo legislador, que fez questão de afirmar, para que se procedesse à simplificação: “respeitados os respectivos pressupostos”.

Permitir-se essa “fungibilidade” de pedidos, sem alteração procedimental, seria incentivar o uso da ação cautelar satisfativa; e, conseqüentemente, permaneceria as dúvidas e as incertezas. E mais: em inúmeras oportunidades a parte se beneficiaria de uma medida mais gravosa (não-cautelar), sem que houvesse preenchido os requisitos para tanto. Pedagogicamente, até mesmo como estímulo de estudo aos operadores do direito, não se pode conceder provimento antecipatório satisfativo requerido como se cautelar fosse.

Não estamos sugerindo, com essa observação, uma postura intolerante ou excessivamente dogmática, característica, aliás, que não é de nosso feitio.

É razoável defender a fungibilidade “progressiva” da tutela provisória, desde que acompanhada de uma mudança (conversão) do procedimento. Vislumbramos solução intermediária, sugerida principalmente para os magistrados, como homenagem ao princípio da instrumentalidade.

Se a parte requerer medida antecipatória satisfativa via processo cautelar, e o magistrado entender que os seus requisitos estão preenchidos, deve ele conceder a medida, desde que determine a conversão do procedimento para o rito comum (ordinário ou sumário, conforme seja), intimando o autor para que proceda, se assim o desejar ou for necessário, às devidas adaptações em sua petição inicial, antes da citação do réu⁶¹.

Neste caso, o juiz não deve indeferir a tutela antecipada por ausência de prova inequívoca. Deve, antes, permitir que o autor emende a petição e providencie provas necessárias. Trata-se de exigência decorrente do princípio da cooperação – tratado no v. I desse *Curso*⁶².

Essa medida pode ser tomada de ofício, com base no art. 295, V, CPC. Em hipótese alguma deve determinar a extinção do feito, sob a absurda rubrica da ausência de interesse de agir. A conversibilidade do procedimento é uma das maiores manifestações do princípio da instrumentalidade das formas, e não pode ser olvidada. Trata-se, aqui, de adaptação “fungibilidade” dos provimentos

61. Segundo Joaquim Felipe Spadoni, o juiz deve receber a petição inicial da cautelar como uma petição incidente no processo principal. Em razão desse seu entendimento, a fungibilidade progressiva só seria possível se a ação cautelar for incidente, jamais se for antecedente (SPADONI, Joaquim Felipe. “Fungibilidade das tutelas de urgência”, cit., p. 316 e 317).

62. SPADONI, Joaquim Felipe. “Fungibilidade das tutelas de urgência”, cit., p. 316.

provisórios, junto com uma adaptação procedimental: acaso requerida uma medida antecipatória satisfativa pelo procedimento equivocado (cautelar), corrige-o o juiz – em situação contrária, como visto, não é necessária essa conversão procedimental. “Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.⁶³

Por exemplo, digamos que, antes do ajuizamento da ação de divórcio, peça-se uma medida cautelar preparatória de separação de corpos, para que o cônjuge varão que cometeu adultério e agrediu fisicamente a separanda seja afastado fisicamente do lar; sabendo-se que a separação de corpos é antecipação dos efeitos da tutela satisfativa pretendida, nada impede que o magistrado a conceda, desde que converta o procedimento cautelar em comum/ordinário e verifique o preenchimento dos requisitos do art. 273 do CPC.

Com isso, os interesses da parte autora não ficam desguarnecidos por questões técnicas; os interesses do réu também ficam protegidos, pois a dilação temporal do procedimento comum permitir-lhe-á formular defesa condizente com a pretensão satisfativa que lhe foi direcionada, o que não ocorreria – ou ao menos seria mitigado – no procedimento cautelar (p. ex.: teria apenas cinco dias de prazo de resposta).

LUIZ GUSTAVO TARDIN opta por solução diversa. Entende não ser apropriada a conversão procedimental. Para o autor, “melhor admitir a existência de uma verdadeira ação sumária satisfativa, seguindo o rito do procedimento comum cautelar. Assim, concedida a tutela antecipada no bojo de ação autônoma inicialmente intitulada de cautelar deve o demandante, com lastro no art. 806 do CPC, promover a propositura da ação principal no prazo de 30 dias a contar da efetivação da medida”⁶⁴.

A solução é boa. O art. 888 do CPC já prevê ações sumárias satisfativas que tramitam pelo procedimento cautelar. O estudo dele será feito no volume desse *Curso* dedicado ao estudo da tutela cautelar.

1.6. Ressalva final. Foco do presente capítulo: tutela antecipada satisfativa

Viu-se que a *tutela antecipada* pode ser *cautelar* ou *satisfativa*.

A *tutela antecipada cautelar* será oportunamente estudada, no volume dedicado ao estudo da *tutela cautelar*.

O foco do presente capítulo é o estudo da *tutela antecipada satisfativa*, generalizada na década de 1990, para ser admitida em todo e qualquer rito comum – ordinário, sumário ou Juizados Especiais Cíveis (arts. 273, 461 e 461-A, CPC).

Só a ela nos referiremos daqui por diante. Fique o leitor com essa ressalva.

63. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, 2 ed., cit., p. 306.

64. TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*, cit., p. 172 ss.

2. DISTINÇÃO ENTRE LIMINAR E TUTELA ANTECIPADA

Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, i.e., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. *Liminar* não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é a qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO delineia com impressionantes clareza e precisão o significado de tal expressão:

“Como no sentido comum dos dicionários leigos, liminar é aquilo que se situa no início, na porta, no limiar. Em linguagem processual, a palavra designa o provimento judicial emitido *in limine litis*, no momento mesmo em que o processo se instaura. A identificação da categoria não se faz pelo conteúdo, função ou natureza, mas somente pelo momento da provação. Nada importa se a manifestação judicial expressa juízo de conhecimento, executório ou cautelar; também não releva indagar se diz ou não com o *meritum causae* nem se contém alguma forma de antecipação de tutela. O critério é exclusivamente topológico. Rigorosamente, liminar é só o provimento que se emite inaudita altera parte, antes de qualquer manifestação do demandado e até mesmo antes de sua citação”⁶⁵.

Neste sentido, CALMON DE PASSOS,⁶⁶ HUMBERTO THEODORO JR.⁶⁷, em franca adesão ao pensamento de ADROALDO FABRÍCIO, MÁRCIA ZOLLINGER⁶⁸ etc.

Outrossim, o Código de Processo Civil adota a mesma linha de raciocínio, já que se refere à medida liminar com o sentido supramencionado – de medida tomada anteriormente à citação –, o que se pode extrair dos seguintes dispositivos:

Art. 461. (...) § 3º: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela *liminarmente* ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

Art. 928: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do *mandado liminar* de manutenção ou de reintegração; no caso

65. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, cit., p. 25.

66. “Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida *initio litis*, isto é, antes de efetivado o contraditório, o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia), ou sem citação daquele contra quem se efetivará a medida.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 18)

67. “Tutela de emergência. Antecipação de tutela e medidas cautelares”. *O processo civil no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p. 119.

68. ZOLLINGER, Márcia Brandão. “Provimentos antecipatórios, cautelares e liminares: a importância da distinção”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2000, n. 18. p. 763-768.

contrário, ~~determinará~~ que o autor justifique perfeitamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à Audiência que for ~~designada~~". (grifos ~~aditados~~)

A antecipação dos efeitos da tutela pode ocorrer tanto *in limine litis* quanto em qualquer outro momento ulterior do procedimento; ou seja, pode ser concedida por medida liminar ou não, bastando que tenham sido preenchidos os seus pressupostos.

Também a tutela cautelar ~~pode~~ ter seus efeitos antecipados, inclusive, liminarmente. Assim, não é ~~demasiado~~ extremar, em breves termos, as providências ~~antecipada~~, cautelar e liminar.

A tutela ~~antecipada~~ é aquela que ~~adianta~~ os efeitos da tutela jurisdicional, provisoriamente. E essa tutela cujos efeitos ~~podem~~ ser precipitados ~~pode~~ ser ~~de~~ conhecimento ou cautelar.

A medida antecipatória, seja em processo cautelar, seja em processo ~~de~~ conhecimento, ~~pode~~ ser dada liminarmente (no momento inicial do processo) ou não (em momento posterior)⁶⁹.

É bom que se ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo, de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para momento posterior à concessão da providência de urgência.

3. TUTELA ANTECIPADA E JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Enfim, não há como confundir tutela antecipada e julgamento antecipado da lide.

A única semelhança existente entre elas é sua natureza satisfativa. Ambas voltam-se à satisfação de direitos materiais discutidos. Afora isso, em tudo diferem.

Enquanto a tutela antecipada ~~satisfaz/realiza~~ o direito provisoriamente, e com base em uma cognição sumária, sendo insusceptível, pois, de imunizar-se pela coisa julgada material, o julgamento antecipado da lide é decisão que certifica, com base em cognição exauriente, o direito discutido, estando predisposta, pois, a acobertar-se pelo manto da coisa julgada.

A tutela antecipada é uma tutela jurisdicional provisória (precária e temporária), urgente (em certas situações) e fundada em cognição sumária. Satisfaz ~~antecipadamente~~ o direito deduzido. Prestigia os valores da efetividade e celeridade.

69. Sobre o tema, amplamente, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares", cit., p. 26.

O julgamento antecipado da lide é a decisão que concede tutela jurisdicional definitiva (padrão), fundada em cognição exauriente. Esse julgamento diz-se antecipado, tão-somente, pelo fato de a atividade cognitiva necessária ser mais restrita, dispensando fase de instrução.

Pontue-se, enfim, que o julgamento antecipado da lide antecipa o próprio provimento final, já a tutela antecipada adianta os efeitos do provimento final⁷⁰.

“Nada impede, porém, que, concomitantemente, estejam presentes os requisitos de ambas, o que tornaria possível cumulá-las, ou seja, julgar antecipadamente o litígio e antecipar os efeitos da decisão”⁷¹, na mesma sentença, o que despiria eventual recurso de apelação de eficácia suspensiva, conferindo eficácia imediata à sentença.

Além disso, é perfeitamente possível que, antes de obter o julgamento antecipado, seja necessária para a parte a obtenção de uma tutela antecipada, pois entre a propositura da ação e o julgamento antecipado pode decorrer considerável lapso de tempo, que implique na necessidade de uma tutela de urgência, como nos casos em que o réu deva ser citado por edital ou por precatória⁷².

4. ANÁLISE DO ART. 273 DO CPC

4.1. Efeitos antecipáveis

4.1.1. *Antecipação da eficácia social da tutela*

Antecipar os efeitos da tutela significa adiantar no tempo, acelerar, os efeitos da futura sentença favorável.

E a grande questão é definir quais são esses efeitos antecipáveis. Vejamos.

A finalidade maior da antecipação de tutela é conferir efetividade à função jurisdicional. E só quando a medida antecipatória for apta a alcançar esse fim, ela deve ser concedida.

Se a tutela antecipada não tiver o condão de dar efetividade à jurisdição, e a tutela jurisdicional for útil e servível se conferida em caráter definitivo, não deve ser concedida a medida antecipatória.

A antecipação de tutela só contribuirá para o alcance dessa finalidade, quando adiantar no tempo efeitos que provoquem ou impeçam mudanças no plano fático: os chamados *efeitos fáticos ou sociais da tutela*, que são aqueles que, para

70. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 366.

71. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 366.

72. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 26.

efetivar-se, dependem da prática de atos materiais – espontâneos por parte do obrigado ou forçados através de atividade executiva. São aqueles que comportam execução.

Assim, não se antecipa a própria tutela (declaratória, constitutiva ou condenatória), mas, sim, os efeitos delas provenientes. Não se declara, constitui ou condena antecipadamente – só ao fim do processo, mediante cognição exauriente. Através da decisão antecipatória, apenas se permite que o requerente usufrua dos efeitos práticos (sociais, executivos) do direito que quer ver tutelado, imediatamente, antes mesmo do seu reconhecimento judicial.

“A tutela antecipatória produz efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipada permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material”⁷³.

Antecipa-se, pois, a eficácia social da sentença – seus efeitos executivos – e, não, sua eficácia jurídico-formal. Antecipar a tutela é satisfazer de imediato, na realidade fática, o pleito do requerente⁷⁴.

“Não significa dizer, todavia, que a antecipação de tutela seja desprovida de eficácia jurídica. Óbvio que não, pois a emissão da ordem judicial correspondente depende da presença dos requisitos legais, ou seja, a verossimilhança do direito demonstrada por prova inequívoca e o perigo de lesão”⁷⁵.

4.1.2. A antecipação nas ações constitutivas e declaratórias

Questão das mais tormentosas dentre as inúmeras que surgiram com o advento da tutela antecipada genérica é a que diz respeito à sua admissibilidade nas demandas constitutivas e meramente declaratórias.

Atualmente, a celeuma está razoavelmente pacificada; admite-se tutela antecipada em tais processos.

73. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 46.

74. Assim, ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de tutela*, 2 ed., cit., p. 82-84. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 358-361; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 148 e segs.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 46; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., cit., p. 44 e segs.

75. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, cit., p. 360.

A antecipação que se opera não é da declaração ou da constituição/desconstituição (efeito jurídico-formal), vez que estas serão sempre definitivas – só assim serão úteis para a parte; o que pode ocorrer é a antecipação dos efeitos fáticos, práticos, palpáveis da tutela declaratória ou constitutiva⁷⁶.

“Há, porém, que se fazer a distinção entre efeito declaratório e constitutivo e os efeitos práticos que decorrem da declaração e da constituição de uma situação jurídica. Se a declaração e a constituição, em si mesmas, não correm risco de dano pela demora do processo, o mesmo não se pode dizer em relação aos efeitos práticos que o titular da pretensão tem em mira alcançar com apoio no provimento judicial”⁷⁷.

Isso porque todo provimento declaratório ou constitutivo traz um preceito, um comando essencial – norma jurídica concreta que rege a situação dos contendores – que contém: por um lado, uma *eficácia positiva*, consistente em uma prescrição, uma disposição sobre a certeza da relação jurídica discutida ou sobre sua (des) constituição; e, por outro lado, uma *eficácia negativa*, que traz um impedimento, uma vedação dirigida ao réu, impondo-lhe uma abstenção consistente em um dever de não agir de forma a contrariar o direito declarado ou a situação (des) constituída na decisão judicial.

TEORI ZAVASCKI lembra que a carga de declaração, presente em todas as sentenças, tem eficácia de preceito, que é norma, prescrição, regra de conduta obrigatória a seus destinatários. Uma das consequências que resultam da certeza estabelecida (eficácia dita negativa) é a de impedir, proibir, vedar atos contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido, o que denomina de eficácia negativa de cunho inibitório. E arremata: “Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não-fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos”⁷⁸.

É esse comportamento omissivo do réu que se pode impor por decisão antecipatória da tutela – é a produção destes efeitos externos (visíveis) e negativos que se pode adiantar/antecipar.

Vejamos os exemplos citados por LUIZ GUILHERME MARINONI: a) “A tutela que impede a prática do ato que a demanda objetiva declarar ilegítimo previne com base em cognição sumária da ilegitimidade do ato (...) e tem caráter

76. Assim BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, cit., p. 363; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*, cit., p. 84 e segs.; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., cit., p. 48 e segs.; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49 e segs.

77. THEODORO JR., Humberto. “Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 94, p. 27.

78. *Antecipação de tutela*, 2 ed., cit., p. 84-85.

antecipatório, já que ordena ao réu não fazer aquilo que somente a sentença final poderá demonstrar ser ilegítimo fazer”; b) “no caso em que o autor obtém tutela para poder exercer um direito que ainda será declarado ou constituído, fica fácil perceber seu caráter antecipatório”; c) “também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Neste caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor”⁷⁹.

Outro exemplo: em uma ação de invalidação de duplicata, visando-se desconstituir o título de crédito, o autor pode requerer uma medida antecipatória que imponha a precipitação do efeito prático daí decorrente, *in casu*, a ordem de sustação do protesto do título realizado por indicação do réu e a este último impor o comportamento omissivo de não mais levá-lo a protesto⁸⁰.

Ainda a título figurativo, tem-se a hipótese da separação de corpos, que é um efeito anexo do divórcio. Assim, propondo o cônjuge a ação de divórcio em face do outro cônjuge, pode o demandante vindicar uma medida antecipatória que defira o adiantamento do efeito da separação de corpos, que nada mais é do que a antecipação da eficácia do rompimento do vínculo conjugal.

Ainda é interessante citar mais dois exemplos encontrados na literatura:

“Vejam os dois exemplos bem conhecidos. Primeiro, a ação direta de inconstitucionalidade. Tipicamente declaratória, sua sentença de procedência tem como eficácia positiva a de declarar a nulidade, por inconstitucionalidade, do ato normativo, e, como eficácia negativa, a proibição de aplicação da norma declarada inconstitucional (...). Outro exemplo: o mandado de segurança que visa anular ato abusivo ou ilegal praticado por autoridade. A sentença de procedência terá, como eficácia positiva, a de declarar a nulidade e retirar do mundo jurídico o ato ilegítimo, e, como eficácia negativa, a de proibir a administração pública qualquer comportamento incompatível com essa declaração, como seria o de dar alguma consequência ao ato anulado”⁸¹.

O maior número de casos duvidosos (casos-limite), em que não se sabe ao certo se se está diante de uma providência cautelar ou de tutela antecipada, surge nas hipóteses de tutela de urgência em demandas constitutivas e declaratórias. As medidas de sustação de protesto (referidas a uma demanda de anulação do título ou declaração de inexistência da dívida), separação de corpos (vinculada a uma demanda de divórcio) e suspensiva de efeitos de atos inquinados de indevido (preparatória de demanda que o anulará) são apenas alguns exemplos.

79. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 102.

80. SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 175-176.

81. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 85 e 86.

Em época de grandes dúvidas quanto aos limites da distinção, KAZUO WATANABE, ao tratar da cognição sumária no processo cautelar, tentou estabelecer um critério para a determinação da dispensabilidade da ação principal, quando estivessemos diante de uma cautelar satisfativa. Criou, para tanto, a seguinte regra prática para dispensar a ação principal: quando esta fosse meramente declaratória, poder-se-ia afirmar, em princípio, a sua desnecessidade; ou, posto em outros termos, se a demanda cautelar se referisse a uma ação principal declaratória é porque seria uma cautelar satisfativa, o que, por si, a transformaria em demanda principal, a dispensar um outro processo assegurado⁸².

TEORI ZAVASCKI chegou a conclusão semelhante: “Isso explica o que para muitos é um contra-senso: a concessão de medidas “cautelares” em ações declaratórias e explica também certas medidas “cautelares” em ações constitutivas. Na verdade, tais medidas não têm natureza cautelar, mas sim antecipatória.”⁸³

Deve-se a LUIZ GUILHERME MARINONI⁸⁴ a primeira e definitiva contribuição a respeito da antecipação dos efeitos da tutela em demandas constitutivas e meramente declaratórias. Afirmava o autor paranaense, com precisão, que a tutela antecipatória, em tais hipóteses, somente poderia dizer respeito aos efeitos anexos da sentença de mérito, pois não se poderia conceber antecipação da declaração ou da constituição, que exigem cognição exauriente para tanto. Tempos depois, o autor passou a admitir a antecipação dos efeitos principais da “tutela constitutiva”, como a fixação antecipada de aluguéis⁸⁵.

Cabe, então, antecipação dos efeitos anexos da tutela de mérito nas ações constitutivas e meramente declaratórias, mediante cognição sumária, precipuamente quando haja iminência de dano (sobre efeitos anexos, ver capítulo sobre a teoria da decisão neste volume).

Ainda pertinente à problemática da antecipação dos efeitos da tutela nas referidas ações, há que se perguntar como se antecipariam os efeitos anexos de demandas constitutivas ou meramente declaratórias? Qual a eficácia da decisão que os antecipa?

PONTES DE MIRANDA, mais uma vez, responde à pergunta, em pré-dica aceita por tantos quantos se debruçaram sobre o tema: “O ato do juiz, pelo qual ele realiza o efeito anexo, é mandamental; e não executivo (...). Não como ato realizador do

82. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 106.

83. *Antecipação de tutela*, 2 ed., cit., p. 85.

84. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 59 a 61.

85. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55-57. Entendendo possível a antecipação do efeito declaratório, ainda que provisoriamente, SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros e. *A antecipação da tutela nos processos declaratórios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 168-170.

efeito próprio, mandamental, da sentença; mas realizador do efeito anexo, pois falta elemento próprio, suficiente, de mandamento, às sentenças de condenação”⁸⁶.

Também é possível a efetivação por providências executivas⁸⁷, como a nomeação de um curador provisório em uma tutela antecipada no procedimento de interdição (indiscutivelmente constitutiva).

É possível afirmar que, na generalidade dos casos, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional genericamente prevista no art. 273, CPC, em se tratando de demandas constitutivas ou meramente declaratórias, terá por objeto os efeitos anexos das respectivas sentenças. Consequentemente, a efetivação destas medidas incidentais dar-se-á por meio de provimentos mandamentais ou executivos⁸⁸.

4.2. Cabimento

A antecipação de tutela genérica, prevista no art. 273, CPC, é cabível amplamente nos procedimentos comuns: *ordinário*, *sumário* (art. 272, parágrafo único) e Juizados Especiais Cíveis.

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a antecipação de tutela, a princípio, não teria cabimento no procedimento dos Juizados Especiais (Estaduais e Federais), tendo em vista ser esse procedimento informado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual. Mas, na prática forense, não é isso que se tem observado. Os juízes têm lançado mão do art. 273, CPC, para conceder medidas de urgência, sobretudo pelo fato de que, rapidamente, os Juizados ficaram congestionados e seu procedimento tornou-se mais lento do que o esperado. Não foi por outra razão que o Fórum Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, editou, em matéria cível, o Enunciado n. 26: “São cabíveis a tutela acautelatória e a antecipatória nos Juizados Especiais Cíveis, em caráter excepcional”.

A antecipação de tutela também é cabível nos *procedimentos especiais* que sejam compatíveis com providências dessa natureza, por força do art. 272, parágrafo único, do CPC.

A tutela antecipada conta com previsão específica em alguns procedimentos especiais. Isso, em geral, com base na constatação de que o direito tutelado pode ser evidenciado de plano ou merece um tratamento diferenciado por sua relevância social. Para a concessão de tutela antecipada nestes ritos especiais, a lei exige o preenchimento de outros pressupostos, distintos daqueles previstos no art. 273 e

86. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 5, p. 51.

87. *Antecipação da tutela*. 5 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1999, p. 47.

88. THEODORO Jr., Humberto. “Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 94, p. 28-29.

no § 3º do art. 461 do CPC, como é o que acontece nas ações possessórias (art. 928 do CPC) e nas ações de despejo (art. 59, § 1º, Lei Federal n. 8.245/1991)⁸⁹.

Muito se discute se, em tais procedimentos especiais, que contam com tutela antecipada específica, seria cabível a tutela antecipada genérica.

O debate refoge aos limites do presente *Curso*, mas não é demasiado referir-se a um caso de especial relevo: o das ações possessórias.

Nas ações possessórias de força velha – assim entendidas como aquelas propostas depois de ano e dia, contados do esbulho ou da turbação –, seguindo a letra do art. 272, parágrafo único, do CPC, parece-nos admissível a tutela antecipada genérica, desde que preenchidos os pressupostos legais⁹⁰.

Se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela antecipada, não há óbice a que se apliquem as regras sobre o *poder geral de antecipação*, permitindo-se a concessão da tutela de urgência satisfativa se preenchidos os pressupostos genéricos do art. 273 ou do § 3º do art. 461 do CPC.

Permite-se, por exemplo, a concessão de tutela antecipada em ações de despejo fora das hipóteses do § 1º do art. 59 da Lei Federal n. 8.245/1991⁹¹.

Por fim, uma breve nota sobre a possibilidade de antecipação de tutela nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária.

Levando-se em conta a natureza da tutela prestada em tais procedimentos, em muitos deles é compatível a antecipação de seus efeitos sociais, práticos, palpáveis – tal como autoriza o art. 272, parágrafo único do CPC. Basta que sejam preenchidos os pressupostos legais. Difícil de imaginar tutela antecipada, tão-somente, em procedimentos meramente receptícios (interpelações, notificações etc.) – pois “são procedimentos que exaurem seus efeitos na sua própria concretização”⁹².

89. “O legislador, ciente de que a configuração de qualquer uma destas hipóteses [do art. 59, § 1º] representa sempre um direito que, pela sua evidência, deve ser realizado desde logo, admite expressamente o despejo liminar. A questão a ser resolvida, porém, diz respeito a saber se é possível, fora destes casos, a tutela antecipatória do art. 273 nas ações de despejo” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 8 ed., 2004, p. 178).

90. Nesse sentido, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 190; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., cit., p. 178. João Batista Lopes admite mesmo em ações de força velha, sobretudo quando superada a fase inicial, e o processo toma o curso ordinário. (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2001. p. 92).

91. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed., cit., p. 112.; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 191; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 179. Em sentido diverso, João Batista Lopes, sob o argumento de que se estaria indo contra a vontade do legislador, bem como de que essas medidas seriam irreversíveis, não se satisfazendo com mera indenização. (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2001. p. 93-95).

92. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, 2003, p. 52.

LEONARDO GRECO posiciona-se nesse sentido, nos seguintes termos: “(...) como na jurisdição contenciosa, também na voluntária a tutela pretendida ou o interesse que por ela se visa satisfazer pode necessitar de proteção provisória e urgente, através de provimentos cautelares e antecipatórios”⁹³.

Um bom exemplo é a nomeação de um curador provisório para o interditan-do em um procedimento de interdição ou em um procedimento de remoção de curador – promove-se, com isso, antecipação dos efeitos práticos do provimento constitutivo ou meramente tutelar.

A antecipação da tutela na fase executiva ou no processo de execução será estudada no volume deste *Curso* destinado ao assunto (Execução e Cautelar).

À tutela de urgência no âmbito do processo coletivo dedica-se item exclusi-vo no v. 4 desta coleção, inteiramente dedicado ao estudo da tutela jurisdicional coletiva.

4.3. Hipóteses de antecipação: assecuratória e punitiva

O art. 273, CPC, prevê duas hipóteses em que se admite a antecipação de tutela: *i)* no inciso I, a antecipação de tutela assecuratória, cabível quando “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; *ii)* no inciso II, a antecipação de tutela punitiva, cabível quando “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Na antecipação de tutela assecuratória, antecipa-se por segurança, para impedir que, durante o processo, o bem da vida vindicado sofra um dano irreversível ou dificilmente reversível.

Na antecipação de tutela punitiva, antecipa-se por *sanção*, para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes. É, se-gundo CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, a “tutela da seriedade da função jurisdicional”⁹⁴. A conduta temerária é, aqui, comportamento ilícito que *autoriza* a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pela parte adversária⁹⁵.

93. GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, 2003, p. 52.

94. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 176.

95. DANIEL MITIDIERO chama atenção para a existência de técnica antecipatória que independe de urgência, sendo fundada exclusivamente na evidência do direito, a exemplo do art. 273, II, CPC. Defende que a tutela antecipatória prevista neste dispositivo não pode ser tomada como uma tutela sancionatória ou punitiva. Para o autor trata-se mais especificamente de uma tutela fundada “na maior probabilidade de veracidade da posição jurídica de uma das partes”, em outras palavras, na “simples evidência” de sua posição em relação à situação litigiosa, o que lhe deve assegurar a fruição imediata do bem da vida - enquanto seu adversário, exercente de defesa despida de seriedade e consistência, deve arcar com o ônus de provar que sua posição

A concessão da tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável. Preenchidos os pressupostos legais, então, é *direito subjetivo* da parte obter a providência, não restando ao magistrado nenhuma dose de *discrecionariade*. Convém lembrar o que foi visto no capítulo sobre a teoria da decisão: não há *discrecionariade* na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois a consequência jurídica é definida pelo legislador, cabendo ao magistrado, tão-somente, examinar o preenchimento do suporte fático.

“Existe, é verdade, maior liberdade no exame desses requisitos, dada a imprecisão dos conceitos legais. Mas essa circunstância não torna *discrecionário* o ato judicial”⁹⁶.

Examinemos os pressupostos gerais e específicos de cada uma das modalidades de antecipação de tutela.

4.4. Pressupostos gerais

4.4.1. Prova inequívoca e verossimilhança das alegações

São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: a existência de *prova inequívoca* que conduza a um juízo de *verossimilhança* sobre alegações.

Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real – ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da

é digna de tutela jurisdicional. Seu objetivo é, pois, garantir igualdade substancial entre as partes, impondo o peso do tempo necessário para a investigação e cognição judicial sobre aquele cuja posição é de menor evidência (ou probabilidade). Em síntese, para o autor, o único pressuposto necessário para a concessão dessa tutela antecipatória – ao lado da prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente – é que a parte diversa “exerça o seu direito de defesa de maneira não séria, inconsistente” (Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. cit., p.41-43). Note o seguinte: a) o autor explica a tutela de evidência (tutela antecipada não fundada em urgência); b) afirma que ela serve para redistribuir o tempo do processo, função a que serve qualquer hipótese de tutela antecipada; c) em razão disso, não teria caráter punitivo. Não explica, porém, como, tendo por pressuposto o abuso do direito de defesa, ato processual ilícito, não é sanção. O autor não deixa claro seu entendimento sobre se o abuso do direito de defesa é ou não um ato ilícito; se entender que se trata de ato *lícito*, é coerente a afirmação de que a tutela antecipada, neste caso, não é uma tutela sancionatória. Este *Curso* adota a tese de que o abuso de direito é comportamento *ilícito*; assim, a consequência legal para um comportamento deste tipo recebe o nome de *sanção*.

96. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 354 e 355. Nessa linha de intelecção, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 181; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 20 e 21; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64 e 65; THEODORO JR., Humberto. “As liminares e tutela de urgência”. *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 67.

Prova –, tampouco a que conduz à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) – o que só é viável após uma cognição exauriente⁹⁷. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária.

Prova inequívoca não é prova irrefutável, senão conduziria a uma tutela satisfativa definitiva (fundada em cognição exauriente) e, não, provisória. A exigência não pode ser tomada no sentido de “prova segura”, “inarredável”, capaz de induzir a certeza sobre os fatos alegados, sob pena de esvaziar completamente o conteúdo das tutelas antecipadas, que só poderiam ser deferidas, desse modo, após toda a instrução processual, após uma cognição profunda.

Não é, outrossim, apenas a prova documental, pois, além de não existir em nosso sistema uma prevalência desse meio probatório, é perfeitamente possível que a antecipação de tutela seja concedida depois da fase de instrução do processo ou depois de uma audiência de justificação prévia, quando já se tenham colhidos diversas outras provas, como testemunhal, pericial, ou, até mesmo, com base em prova produzida antecipadamente (que pode ser tanto a pericial quanto a prova oral).

Prova inequívoca é “pura e simplesmente prova com boa dose de credibilidade, que forneça ao juiz elementos robustos para formar sua convicção (provisória)”⁹⁸.

Há quem diga que prova inequívoca é aquela que não é equívoca, ambígua, que não tem mais de um sentido. É o caso de BARBOSA MOREIRA⁹⁹.

LUIZ GUILHERME MARINONI discorda do processualista fluminense. Defende que “não se pode aceitar que ‘prova inequívoca’ signifique ‘prova que aponta em uma direção’, pois seria o mesmo que dizer que a prova que aponta em duas direções não tem credibilidade e, assim, não deve ser valorada”¹⁰⁰.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, outrossim, afirma que: “Arigor, em si mesma, prova alguma será inequívoca, no sentido de absolutamente incontestável. Mesmo a escritura pública, lavrada por notário conceituado e revestida de todos os requisitos formais, é passível de ser impugnada”¹⁰¹.

Ficamos com o processualista carioca. Partindo da premissa de que prova inequívoca e juízo de verossimilhança são pressupostos interligados, mas com significados distintos, sustentamos que a palavra “prova”, no que diz respeito à

97. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 340/341. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 75.

98. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 144.

99. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 104, p. 103-104.

100. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 207.

101. *Da antecipação de tutela*. 5 ed., 2004, p. 23.

antecipação dos efeitos da tutela, deve ser compreendida como meio de prova, e não como “grau de convicção” do magistrado. O legislador, quando quis se referir ao grau de convicção acerca das alegações da parte, refere-se à verossimilhança (“...desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança, da alegação...”), que nada mais é do que um juízo de probabilidade. E prova inequívoca, decerto, só pode ser entendida como aquela que não é equívoca, e que serve como fundamento para a convicção quanto à *probabilidade das alegações*.

Vejamos o que diz o grande processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“A força persuasiva da prova, a sua capacidade para persuadir o juiz está suficientemente assinalada no texto legal pela oração “desde que(...) se convença da verossimilhança da alegação”. Se é indispensável que o juiz se convença, e se o convencimento do juiz não se pode basear senão em alguma prova, dizer que essa prova deve ser convincente é dizer o mesmo que está dito alhures acerca do juiz. Gira-se num círculo vicioso: o juiz deve convencer-se da verossimilhança, da alegação, e a prova deve ser tal que isso o convença. Em semelhante perspectiva, sugerir, como há quem sugira, que se traduza “verossimilhança” por “probabilidade” desloca o problema, sem resolvê-lo: continuará ser inevitável a redundância. Claro está, com efeito, que, se o juiz se convenceu de ser provável a alegação, é sinal de que a prova teve por força a virtude de convencê-lo dessa probabilidade. Em quaisquer interpretações desse gênero, imputa-se à lei o defeito de expressar duas vezes a mesma ideia, ou melhor, de formular duas vezes o mesmo pressuposto da antecipação: uma, ao qualificar de “inequívoca” a prova; outra, ao exigir que à vista dela o juiz “se convença”.

Gostaríamos de propor uma alternativa, com apoio em premissa diversa. Se a força persuasiva da prova está suficientemente indicada no trecho “desde que (...) se convença”, e não se presume na lei a existência de palavras inúteis, outro deve ser o significado do adjetivo na locução “prova inequívoca”. Raciocinemos, pois, a partir daí. “Inequívoca” é o antônimo de “equívoca”. Consoante ensinam os dicionários, “equivoco” significa aquilo “que tem mais de um sentido ou se presta a mais de uma interpretação”. Um sinônimo de “equivoco” seria “ambíguo”, e o antônimo perfeito, “unívoco”, definido por “palavra, conceito ou atributo que se aplica a sujeito diversos de maneira absolutamente idêntica”. Nessa óptica, será equívoca a prova a que se possa atribuir mais de um sentido; inequívoca, aquela que só num sentido seja possível entender – independentemente, note-se, de sua maior ou menor força”¹⁰².

A essa visão de BARBOSA MOREIRA acrescentamos mais um dado: a não equivocidade da prova também está relacionada à sua produção. Prova inequívoca é, ainda, aquela produzida em contraditório, regularmente, que não contenha defeitos (rasuras, emendas etc.) e seja idônea. A exigência do contraditório, obviamente, não impede a possibilidade de concessão *liminar* da tutela antecipada, pois a

102. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Antecipação dos efeitos da tutela: algumas questões controvertidas”, cit., p. 103-104.

prova documental, trazida pelo autor, pode ter sido produzida em contraditório extrajudicial ou até mesmo ter sido produzida em procedimento anterior de antecipação da prova.

Trata-se, enfim, de um pressuposto *objetivo* de concessão da tutela antecipada: o magistrado *deverá* demonstrar que há nos autos prova produzida, com tais características, que justifique a conclusão pela verossimilhança das alegações. Significa dizer, ainda, que a mera alegação do demandante, não acompanhada de prova, não permite a concessão da medida, por mais verossímil que seja.

A *prova inequívoca* deve conduzir o magistrado a um juízo de probabilidade, *verossimilhança*, sobre os fatos narrados¹⁰³. O *juízo de verossimilhança* é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um “elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor”¹⁰⁴.

É imprescindível acrescentar que a verossimilhança refere-se não só à matéria de fato, como também à plausibilidade da subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos. O magistrado precisa avaliar se há probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante¹⁰⁵.

Um dado não pode ser esquecido: prova inequívoca não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acolhimento do pedido; e o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de prova inequívoca¹⁰⁶.

De um lado, nem sempre uma prova inequívoca dos fatos implicará o acolhimento da pretensão – ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não geram os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (ex.:

103. Assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

104. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 336.

105. Assim, conclui Athos Gusmão Carneiro, “o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as *quaestiones facti* como as *quaestiones iuris* induzem a que o autor, requerente da antecipação de tutela, merecerá a prestação jurisdicional a seu favor” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 28).

106. Ressalva bem lembrada por CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 28. Na ótica de DANIEL MITIDIERO, não é razoável proibir a concessão de tutela antecipatória em caso de perigo de irreversibilidade da providência obtida, sustentando que: “aquele que pede a tutela antecipatória deve demonstrar que o seu direito é provável e que há perigo na demora da prestação jurisdicional. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitida uma lesão ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é rigorosamente fora de propósito” (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 49-50).

pagamento), modificativo (ex.: renúncia parcial) ou impeditivo (ex.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança.

De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontrovertidos ou notórios, ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada).

Neste sentido, DANIEL ASSUMPTÃO AMORIM NEVES, afirma que “apesar de ser uma circunstância difícil de ser imaginada no caso concreto, é possível que exista uma prova pré-constituída que contraria uma máxima de experiência, o que, inclusive, é mais fácil de ser visualizado nas hipóteses nas quais uma alegação ao primeiro momento absurda se mostra verdadeira se em virtude das provas apresentadas nos autos. Certamente não será verossímil a alegação de que dentro de uma Brasília 1975 estavam 15 pessoas a uma velocidade de 200 Km/h, mas após a instrução probatória poderá se verificar tratar-se de 15 contorcionistas e que o veículo era ‘mexido’, possuindo motor do porsche...”¹⁰⁷.

Em desfecho, uma última observação.

A prova inequívoca de verossimilhança das alegações é exigência mais rigorosa que o *fumus bonis iuris* (a fumaça do bom direito), pressuposto da tutela antecipada cautelar. Isso porque a tutela antecipada satisfativa implica juízo cognitivo mais profundo do que o exigido para a tutela antecipada cautelar – malgrado seja mais superficial do que o exigido para a tutela definitiva (cognição exauriente). Enquanto a tutela antecipada satisfativa exige verossimilhança fundada em prova, a cautelar só demanda mera plausibilidade/probabilidade, independente de prova¹⁰⁸.

“É daí que vem a brincadeira usual de que o *fumus* da cautelar é *fuminho*, enquanto o da tutela antecipada é *fumão*, no sentido de pouca ou muita fumaça, respectivamente, que fique muito bem entendido. A imagem pode até ser bonitinha, mas, como todo respeito, nem sequer para fins didáticos deve ser utilizada. É que (...) quanto mais densa ou espessa for a fumaça, mais difícil será ver do outro lado, o que está atrás dela. Se a figura do *fumus* veio justamente para descrever que o magistrado consegue ver o direito ‘turvo’ ou meio desfocado em virtude da cortina de fumaça existente entre ele e o ‘direito’ (...), a solução didática é, rigorosamente, a oposta. O ‘fuminho’ deve se atrelar à noção de tutela antecipada, porque é aí, justamente

107. “Tutela Antecipada Sancionatória”. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 43, p. 21.

108. “Prova inequívoca de verossimilhança implicaria, portanto, juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no art. 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva. A concessão de cautelar geral dependeria apenas da verossimilhança dos fatos alegados pelo autor, ainda que inexistente prova a respeito. Já para obter antecipação de tutela, necessário que o requerente instrua o pedido com elemento probatório suficiente para a formação do convencimento do julgador”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 336.) Também assim, Carlos Augusto de Assis, registrando que: “(...) estamos diante de um exemplo de cognição não exauriente, porém com elevado grau de verossimilhança. Temos, sim, aqui, uma cognição sumária, mas não tão sumária quanto a do processo cautelar. Essa é, no nosso entender, a principal distinção entre as duas formas de tutela: o grau de profundidade na cognição”. (*A antecipação da tutela*, 2001, p. 143.) Ainda nesse sentido, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 27; BUENO, Cássio Scapinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

pelo maior rigor de seus pressupostos, que o magistrado enxerga com maior clareza (não absoluta, entretanto) o que está atrás dela, ‘do outro lado’”¹⁰⁹.

Por outro lado, a prova inequívoca de verossimilhança, necessária para concessão da tutela antecipada genérica (art. 273) é requisito menos rigoroso (mais brando) que o “fundamento relevante” imposto para a concessão de liminar em mandado de segurança (art. 7º, III, Lei n. 12.016/2009), afinal, neste último caso, exige-se que o direito seja líquido e certo – revelado em sua plenitude por prova pré-constituída, não se admitindo a produção de outras provas ao longo do procedimento.¹¹⁰

Conquanto seja interessante *teoricamente* proceder a essas comparações, na *prática* é muito difícil para o magistrado enxergar essas sutilezas. Fazer uma mensuração exata da intensidade da verossimilhança necessária para concessão de tutela cautelar, tutela antecipada genérica e liminar em mandado de segurança – da menos intensa à mais intensa, na ordem citada –, parece inviável. O juiz não dispõe de um termômetro ou medidor preciso. Sua análise é casuística e dotada de alta dose de subjetivismo. O que importa é que, de uma forma geral, o juiz se convença suficientemente de que são prováveis as chances de vitória da parte.

4.4.2. Reversibilidade dos efeitos do provimento

De acordo com o art. 273, §2º, CPC: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Cumulativamente com o preenchimento do pressuposto visto no item anterior, exige-se, pois, que os efeitos da tutela antecipada sejam reversíveis¹¹¹, que seja possível retornar-se ao *status quo ante* acaso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada¹¹². Essa é a marca da provisoriedade/precariedade da tutela antecipada.

109. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, cit., p. 35.

110. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, cit., p. 36.

111. Seria, segundo Athos Gusmão Carneiro, um pressuposto negativo, visto que “a norma proíbe a antecipação de tutela quando sua efetivação deva acarretar consequências irreversíveis” (*Da antecipação de tutela*, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19). Também assim, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56.

112. Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 341; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 79; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 56; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 54; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 70.

“No particular, o dispositivo observa estritamente o princípio da salvaguarda do núcleo essencial: antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo”¹¹³.

Pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência, como ocorria com as cautelares atípicas. É um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida. “Ao mesmo tempo em que foi ampliada a possibilidade de antecipação para qualquer procedimento, procurou-se delimitar, com precisão possível a sua área de incidência”¹¹⁴.

Já que a tutela antecipada é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação –, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao *status quo ante*, sem prejuízos para a parte adversária.

Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode conduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto.

Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros –, o seu deferimento é essencial, para que se evite um “mal maior” para parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o *perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida*. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante.

Ressalve-se, porém, que a mitigação desse requisito só é adequada para a antecipação assecuratória. No caso de antecipação punitiva (baseada em abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu), não parece legítimo antecipar efeitos irreversíveis, pois, de um lado, não há risco de dano irreparável para o autor, e, de outro, existe esse risco para o réu, que poderá ter sua esfera de direitos atingida perniciosamente, em caráter definitivo, sem cognição adequada¹¹⁵.

113. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 97. Também assim, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 342.

114. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 340.

115. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 351.

Existe, em tais situações, um conflito de interesses.

Em razão da urgência e da evidência do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceda a tutela antecipatória, entregando-lhe, de imediato, o bem da vida, de forma a resguardar seu direito fundamental à efetividade da jurisdição.

Porém, em sendo a tutela em questão irreversível, com a impossibilidade da reposição do estado anterior, é imperioso que seja denegada, de forma a resguardar o direito fundamental da contraparte/requerida a uma decisão fundada em cognição exauriente, assegurando-se o devido processo legal em sua plenitude, e, portanto, conferindo-lhe maior segurança jurídica.

Diante desses direitos fundamentais em choque – efetividade *versus* segurança –, deve-se invocar o princípio da *proporcionalidade*, para que sejam devidamente compatibilizados¹¹⁶.

Toda vez que forem constatados a verossimilhança do direito e o risco de danos irreparáveis (ou de difícil reparação) resultantes da sua não satisfação imediata, deve-se privilegiar esse direito provável, adiantando sua fruição, em detrimento do direito improvável da contraparte. Deve-se dar primazia à efetividade da tutela com sua antecipação, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia.

Em tais situações, cabe ao juiz ponderar os valores em jogo – com base no princípio da proporcionalidade –, dando proteção àquele que, no caso concreto, tenha maior relevo¹¹⁷.

Enfim, registre-se que, em boa parte dos casos, o juiz pode abrandar os prejuízos à segurança jurídica da contraparte, exigindo uma caução, para a concessão da tutela antecipada. Com isso, provê os meios adequados para a reversibilidade da situação – ainda que seja mediante uma reparação em pecúnia¹¹⁸.

116. Com essa visão, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 347-348; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 81-82; ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 185; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 140; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 72 e 73. Em sentido diverso, Daniel Mitidiero, que, partindo da premissa de que proporcionalidade e razoabilidade são máximas distintas, defende que o postulado aplicável para resolver a pendenga seria o da razoabilidade (Conferir MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 56).

117. Convém consultar a obra de Fernando Gama de Miranda Netto, em que há valiosa sistematização dos possíveis argumentos que podem ser utilizados pelo magistrado para a concessão da medida. (*A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p. 142-157.)

118. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., cit., p. 348-349.

Há situações, porém, em que o conflito dos direitos fundamentais é tão significativo, que apenas um deles irá prevalecer, o que implicará inevitável sacrifício do outro. TEORI ALBINO ZAVASCKI traz um exemplo esclarecedor:

“Na Justiça Federal, por exemplo, não são incomuns pedidos para liberação de mercadorias perecíveis, retidas na alfândega para exame sanitário que, por alguma razão (greve dos servidores, por exemplo), não é realizado. Nesses casos, a concessão liminar da tutela pedida compromete irremediavelmente o direito à segurança jurídica a que faz jus o demandado (liberada e comercializada a mercadoria, já não há que se falar em seu exame fitossanitário); seu indeferimento torna letra morta o direito à efetividade do processo, porque, deteriorando-se o produto, inútil será sua posterior liberação. Em casos dessa natureza, um dos direitos fundamentais colidentes será sacrificado, não por vontade do juiz, mas pela própria natureza das coisas. *Ad impossibilia nemo tenetur*. Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é, no plano dos fatos, mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação de tutela em caráter definitivo”¹¹⁹.

Não se trata, portanto, de *pressuposto* cuja obediência é inexorável. É interessante anotar, por isso, que a redação do § 3º do art. 461 do CPC, que também traz regra sobre o poder geral de antecipação, não prevê esse pressuposto para a concessão da medida: “§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu”.

4.5. Pressupostos alternativos

4.5.1. Noções iniciais

Preenchidos os pressupostos cumulativos vistos no item anterior, deve o magistrado verificar o preenchimento de ao menos um dos seguintes pressupostos: i) “receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (art. 273, I), quando se estará diante da *antecipação assecuratória*; ou ii) “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II), quando se estará diante da *antecipação punitiva*.

119. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 98. “Apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada à obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 353).

4.5.2. Perigo da demora

O “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, mencionado no art. 273, CPC, que justifica a antecipação de tutela assecutoria é aquele risco de dano: *i) concreto* (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; *ii) atual*, que está na iminência de ocorrer; e, enfim, *iii) grave*, que tem aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito¹²⁰⁻¹²¹.

Dano irreparável é aquele cujos efeitos são irreversíveis.

Dano irreparável pode decorrer de violação a: *i)* direito não-patrimonial (direito à honra ou à imagem, por exemplo); *ii)* a direito patrimonial com função não-patrimonial (ex.: direito a indenização por acidente de trabalho, cuja realização é necessária para que o trabalhador restabeleça condições mínimas de saúde); *iii)* a direito patrimonial que não pode ser reparado de forma específica – com o retorno ao *status quo ante* –, mas só por equivalente em pecúnia; *iv)* ou a direito patrimonial que pode ser efetivamente atendido através de simples prestação pecuniária – como um simples direito de crédito não adimplido –, mas a manutenção do bem ou capital necessário para a sua satisfação no patrimônio do réu, no curso do processo, implica dano grave ou irreparável para o autor – que demanda, por exemplo, sua satisfação imediata para manter a sanidade financeira da empresa¹²².

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será revertido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa – ex.: dano decorrente de desvio de clientela¹²³.

Enfim, o deferimento da tutela antecipada somente se justifica se a demora do processo puder causar à parte um dano irreversível ou de difícil reversibilidade¹²⁴.

-
120. Sobre a gravidade do dano, diz Athos Gusmão Carneiro: “Haverá dano quando a permanência do *status quo*, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor prejuízos de média ou grande intensidade (os prejuízos mínimos não autorizam provimentos de urgência, invasivos da esfera jurídica do demandado) a direito seu, quer direito personalíssimo (como o direito à reputação, à imagem, ao direito-dever de ter sob guarda os filhos ou de visita-los), quer direitos patrimoniais; dentre estes, de gravidade máxima será o dano consistente na privação de prestações de natureza alimentar, ou no perecimento do próprio direito, caso não concedida a tutela de urgência” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 32).
121. Enumerando tais características do “dano”, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 77; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 31 e 32.
122. “Note-se que a irreparabilidade pode atingir direitos não-patrimoniais, direitos patrimoniais com função não-patrimonial e simplesmente direitos patrimoniais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 185).
123. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 185 e 186.
124. “O dano aludido no art. 273 não diz respeito necessariamente ao ‘perecimento da pretensão’ caso não antecipada a tutela; pode ser um dano ‘externo’ à pretensão: assim, na ação para entrega de máquinas vitais a um indústria, a antecipação de tutela concedida para evitar uma paralisação da empresa e sua filência” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 31).

Isto é, quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional.

“Nos casos de ação constitutiva ou declaratória o receio de dano liga-se à situação jurídica que depende da constituição ou à situação jurídica objeto de requerimento de declaração. Assim, por exemplo, (a) em face de ação constitutiva de servidão, o réu pode ser autorizado, alegando receio de dano, a exercer faculdades que estão contidas no direito a ser constituído; (b) na pendência da ação declaratória de ilegitimidade do ato de despedida, surgindo receio de dano no curso do processo, o trabalhador pode requerer sua manutenção no emprego”¹²⁵.

A tutela antecipada, nesse caso, viabiliza a realização do direito que se quer constituir ou ver declarado.

Já nas demandas condenatórias, a tutela antecipada visa efetivar imediatamente direito a uma prestação que só seria realizado em caráter definitivo, ao fim do processo, no intuito de evitar que fique prejudicada ou inviabilizada sua futura fruição.

Sucedede que o receio que justifica a tutela antecipada nem sempre se refere a um dano (irreparável ou de difícil reparação) – como previsto na letra fria do art. 273, CPC –, eis o que esclarece LUIZ GUILHERME MARINONI.

Este temor pode dizer respeito ao advento de um ato contrário ao direito (ilícito). Isso depende do tipo de tutela definitiva cujos efeitos se quer antecipar: inibitória, reintegratória ou ressarcitória¹²⁶.

A *tutela inibitória* é aquela que tem por fim evitar a ocorrência de um ato contrário ao direito ou impedir sua continuação – ex.: impedir o uso de uma marca comercial de propriedade do autor; coibir a inscrição do nome do autor na SERASA. A *tutela reintegratória* é aquela predisposta à remoção de um ilícito já praticado, visando impedir sua repetição ou continuação. Busca restabelecer o *status quo ante*; reintegra o direito violado. Dá-se quando o ato contrário ao direito já ocorreu, mas seus efeitos concretos estão a se propagar – ex.: o nome do autor está inscrito indevidamente na SERASA ou a difusão de notícias lesivas à sua imagem. Trata-se de assunto estudado com mais minúcia no volume 5 deste *Curso*, em capítulo dedicado à análise da tutela específica das obrigações de fazer, e de não-fazer.

A antecipação dos efeitos da tutela, em tais casos, é possível com lastro nos arts. 84, §3º, CDC, e 461, §3º, CPC, que trazem como requisito para sua concessão não o receio de dano, mas, sim, o “receio de ineficácia do provimento final”.

125. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 184.

126. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 182.

Não se trata de *tutelas* contra o *dano*, mas tutelas contra o *ilícito*, a ser praticado ou já praticado.

Nos casos em que o ilícito ainda não foi praticado, é necessário que a parte demonstre existirem circunstâncias de fato que conduzam à conclusão, por parte do juiz, de que o ilícito é iminente¹²⁷. Nos casos em que o ilícito já foi praticado, mas se quer evitar sua repetição ou continuação no futuro, basta que se demonstre seu caráter continuativo, que o ilícito, por sua natureza, será protraído no tempo. Em ambos os casos, será o bastante um juízo de probabilidade¹²⁸.

A *tutela ressarcitória*, por sua vez, pressupõe um dano já consumado. Pode se dar através de ressarcimento pelo equivalente em pecúnia ou pelo ressarcimento específico – esta última com o restabelecimento da situação anterior ao dano, como, por exemplo, o desmatamento que lesa meio ambiente pode levar a uma tutela específica ressarcitória que imponha o reflorestamento da área.

A antecipação de tutela, em tais casos, pode servir para o ressarcimento imediato do direito violado, que se imponha para evitar mais danos a ele ou a direito a ele conexo – neste último caso, por exemplo, o direito a saúde do trabalhador que pede indenização adiantada por acidente de trabalho¹²⁹.

4.5.3. *Atos protelatórios e abusivos da parte*

O “abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” dão ensejo à antecipação de tutela – ainda que não haja risco de dano.

É preciso esclarecer, de antemão, que, embora o legislador mencione “réu” no texto do inciso II do art. 273, o comportamento temerário, que autoriza a concessão da tutela antecipada, pode ser de qualquer das partes. Como será visto mais à frente, também o réu pode requerer a tutela antecipada.

Pois bem.

As expressões “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório” são conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelo juiz à luz do caso concreto.

127. “Frise-se que a tutela inibitória antecipada não exige a alegação de dano, embora admita essa alegação como mera faculdade do autor, destinada a formar convencimento do juiz de maneira mais fácil. Quando se diz que ação inibitória não comporta discussão de dano, deseja-se evidenciar que o juiz não pode deixar de conceder a tutela antecipada (ou mesmo a tutela final) em razão de não ter sido demonstrado o dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 186).

128. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 183.

129. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 184.

O magistrado deve agir com olhos atentos à finalidade da norma: garantir o prosseguimento do feito de forma célere, sem embaraços ardilosos. Assim, só se deve enquadrar como ato abusivo ou protelatório, aquele que consista em um empecilho ao andamento do processo, ou seja, aquele que implicar comprometimento da lisura e da celeridade do processo. “O ato, mesmo abusivo, que não impede, nem retarda, os atos processuais subsequentes não legitima a medida antecipatória”¹³⁰.

“É criticável, sob este aspecto, a expressão “manifesto propósito protelatório”, cuja acepção literal sugere a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença ante mera *intenção* de protelar. Na verdade, o que justifica a antecipação não é o *propósito* de protelar, mas a efetiva prática, pelo réu, de atos ou omissões destinados a retardar o andamento do processo. Nessa compreensão, bem se vê, ‘propósito protelatório’ é expressão que na sua abrangência comportaria, a rigor, também, os ‘abusos de direito de defesa’”¹³¹. O que não é verdade, como doravante será demonstrado.

As expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos do réu, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)¹³².

O termo “abuso de direito de defesa” deve ser interpretado de forma ampla. Abarca não só abusos e excessos cometidos pela via da contestação (defesa em sentido estrito), mas também em qualquer outra manifestação da parte – como, por exemplo, com o uso infundado de exceções rituais, pelo simples fato de suspenderem o processo, interposição de recursos protelatórios ou a solicitação desnecessária de oitiva de testemunha¹³³.

Já no que diz respeito ao “manifesto propósito protelatório” emerge interessante questão: esses atos ardilosos extraprocessuais podem ser praticados antes

130. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 78. João Batista Lopes parece adotar este entendimento (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 64). Bruno Lopes entende que o abuso do direito de defesa não precisa ser direcionado à protelação ou embaraço do feito – pois inevitavelmente lesou interesse público e preservação da lealdade processual –, já o manifesto propósito protelatório, quando se dá antes da propositura da demanda, “como não existe ainda processo, a atitude protelatória do demandado não implica afronta à dignidade da justiça, sendo portanto, necessária a ocorrência de prejuízo para que a tutela seja antecipada” – o que não ocorre quando o ato é praticado na pendência do feito. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 127).

131. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 78.

132. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 77. Com esse entendimento, NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 23-25; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 125.

133. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 23.

do início do processo ou só quando já está pendente o feito? Ao que parece, a litispendência é pressuposto para a concessão da tutela antecipada com base neste inciso, mas é possível que, após citado o réu, se conceda a providência em razão de comportamentos da parte anteriores à formação do processo.

Segundo DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES: “É interessante notar que o dispositivo legal já menciona o termo ‘réu’, figura jurídica que evidentemente só passará a existir quando houver demanda judicial em trâmite. Isso, entretanto, não será o suficiente para se chegar a qualquer conclusão, considerando-se a dispensabilidade do termo para a compreensão do fenômeno. Ainda que possa ser de difícil comprovação no caso concreto a existência desses atos anteriormente à propositura da demanda judicial, a doutrina que já se manifestou sobre o tema defende a possibilidade de concessão liminar também dessa espécie de tutela antecipada por atos praticados pelo réu antes mesmo da propositura da demanda”¹³⁴.

Não admitimos a concessão de tutela antecipada *liminar*, em tais situações, a mitigação do princípio do contraditório não se justifica para efetivar uma *sanção antecipada* por um comportamento abusivo, alegado e provado apenas unilateralmente.¹³⁵

Enfim, o art. 273, II, consagra modalidade de tutela da lealdade e seriedade processual. Assim, mesmo que não haja urgência (em sentido estrito) no deferimento da tutela – isto é, mesmo que se possa aguardar o fim do processo para entregar à parte o bem da vida pleiteado –, quando se observar que a parte está exercendo abusivamente o seu direito de defesa, lançando mão de argumentos e meios protelatórios, no intuito único de retardar o andamento do processo, o juiz poderá antecipar a tutela. Trata-se de tutela antecipada que se funda apenas na evidência (probabilidade) do direito alegado.

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “(...) o art. 273, II, criou uma antecipação de tutela pura, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano e ligada tão-somente à ideia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada *a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico*”, salientando, com muita propriedade, tratar-se de uma antecipação de tutela que ostenta *caráter ético*, que, a seu ver, é mais eficiente que as medidas punitivas dos arts. 16 e 18 do CPC¹³⁶.

134. NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 27. Nessa esteira, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*, cit., p. 125.

135. Daniel Mitidiero, contudo, admite a possibilidade de concessão dessa modalidade de técnica antecipatória (de evidência) liminarmente, bastando, para tanto, a probabilidade de apresentação de defesa inconsistente. E exemplifica com a situação em que “determinado demandante visa à prestação de tutela jurisdicional fundado em precedente firme de Corte Superior”, caso em que a defesa do demandado, visa única e exclusivamente atrasar a tutela do direito do seu adversário (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 51-52).

136. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 35 e 36. Também assim. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 18-19; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada San-*

Sucede que, na prática, são muito raras as hipóteses de antecipação de tutela punitiva. Isso porque o juiz detém armas e instrumentos eficazes para combater deslealdade processual, para evitar ou reprimir comportamentos ardilosos e meramente protelatórios. É o caso dos arts. 125, 130, 14, 15, 16, 18, 600, 601, dentre outros do CPC¹³⁷.

Segundo BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, é vedada no nosso ordenamento a aplicação de mais de uma sanção processual punitiva para sancionar um mesmo ato (*ne bis in idem*). Assim: “Ocorrendo situação na qual potencialmente incida a *tutela antecipada sancionatória* e outra sanção processual, aquela prevalece, por critério de especialidade (entre seus requisitos inclui-se, além da conduta desleal do demandado, a probabilidade de existência do direito do demandante...), e em decorrência de sua maior aptidão para proporcionar uma *tutela jurisdicional efetiva e tempestiva*”¹³⁸. Não parece acertada a conclusão. O ato ilícito pode ter múltipla consequência jurídica, sem qualquer impedimento teórico neste sentido. Uma mesma conduta pode repercutir nos âmbitos cível, penal e administrativo. O par. ún. do art. 14 e o art. 601 do CPC são expressos em admitir a cumulação de sanções processuais. O *atentado* é ilícito processual com múltiplas consequências (art. 881 do CPC). Nada impede, então, que a conduta da parte implique a *tutela antecipada punitiva* e a *punição pecuniária pela litigância de má-fé*.

Eis alguns exemplos de condutas que autorizam a concessão da tutela antecipada: *a)* reiterada retenção dos autos por tempo delongado; *b)* fornecimento de endereços inexatos a fim de embarçar intimações; *c)* prestar informações erradas; *d)* embarçar a produção de provas – pericial, testemunhal, inspeção judicial etc.; *e)* “pode igualmente revelar-se pelo confronto com sua atitude em ‘outro processo’, onde havia sustentado determinados fundamentos de fato ou de direito; todavia, no processo conexo, adota argumentação antagônica, sem justificar devidamente tal descompasso”; *f)* invocar uma tese bisonha ou oposta à orientação dominante nos tribunais superiores etc.¹³⁹; *g)* alienação de bens necessários à satisfação do demandante; *h)* repetir requerimento antes indeferido etc.

Outro fator colabora para a baixa incidência desse tipo de antecipação de tutela.

cionatória, cit., p. 49.

137. “A constatação da pouca utilização dessa espécie de tutela antecipada na prática é um tendência da timidez com que os juízes aplicam as sanções processuais previstas no ordenamento jurídico. E uma pena, ainda mais se considerando que a crise ética que avassala o nosso País também se encontra presente no dia-a-dia forense, de forma a ser imperioso um maior controle e respeito aos princípios da boa-fé e lealdade processual” (NEVES, Daniel Assumpção. “Tutela Antecipada Sancionatória”, cit., p. 28).

138. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela Antecipada Sancionatória*. cit. p. 130.

139. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed., 2004, p. 36 e 37.

Para que seja concedida, é necessário que haja prova inequívoca do quanto afirmado pelo autor (art. 273), o que revela verossimilhança de suas alegações e alta probabilidade de acolhimento de sua pretensão. Em contrapartida, observa-se uma fragilidade da manifestação da outra parte – que emprega argumentos e meios processuais abusivos, apresentando defesa despida de seriedade –, o que conduz, não raro, ao indeferimento das provas por ele requeridas (art. 130, CPC), porquanto inúteis ou meramente protelatórias.

Tudo isso, normalmente, autorizará o juiz a realizar um julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), diante da dispensabilidade de produção de mais provas – afóra aquelas trazidas pelo autor.

Conclui-se que o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em muitas situações, pode acabar conduzindo a um julgamento antecipado da lide e, não, a uma antecipação de tutela. Assim, a grande utilidade da antecipação de tutela, nesses casos, reside na possibilidade de afastar o efeito suspensivo da apelação, conferindo-se eficácia imediata à sentença¹⁴⁰.

Havendo um litisconsórcio passivo, se só um dos litisconsortes pratica abuso de direito de defesa ou incorre em manifesto propósito protelatório, é possível o juiz, verificando a verossimilhança das alegações do autor, antecipar os efeitos da tutela, com base no art. 273, II? A conduta abusiva de um litisconsorte passivo pode conduzir ao acolhimento de pedido de tutela antecipada, prejudicando o outro?

Se o litisconsórcio passivo é simples, não há dúvidas de que é possível o requerimento e concessão de tutela antecipada sancionatória, tão-somente, em face do litisconsorte passivo que praticou o ato protelatório – pois os atos e omissões de um não prejudicam o outro, tal como visto no regime de tratamento dos litisconsortes, no volume I deste Curso.

O problema surge quando se está diante de um litisconsórcio unitário, em que ambos os litisconsortes estão em defesa de um objeto uno e indivisível – sendo, pois, inviável antecipar a tutela só em prejuízo de um deles. Nesse caso não nos parece adequado antecipar a tutela e, com isso, punir o litisconsorte que agiu lealmente.

4.6. Legitimidade

4.6.1. Autor, réu e terceiros intervenientes

Todo aquele que alegar ter direito à tutela jurisdicional está legitimado a requerer a antecipação dos seus efeitos; essa é a regra, que não comporta exceções. A final, a tutela jurisdicional pode ser encarada como o resultado prático favorável

140. Eis as reflexões de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 327.

proporcionado a quem tem razão, obtido após o exercício da função jurisdicional. Este resultado “pode beneficiar tanto ao autor quanto ao réu, dependendo de quem venha a lograr êxito, amparado que esteja no direito material”.¹⁴¹

Assim, autor, réu, terceiros intervenientes (que, a partir da intervenção, se tornam partes) podem requerer a antecipação dos efeitos da tutela, pois todos têm o direito à tutela jurisdicional e, uma vez preenchidos os pressupostos do art. 273, também à antecipação dos seus efeitos. Até mesmo o assistente simples pode fazê-lo, condicionando-se, entretanto, à vontade do assistido, que pode não querer, por qualquer motivo, a decisão antecipatória¹⁴².

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO faz uma ressalva oportuna, no que diz respeito à denúncia da lide: “Quanto à parte que promove a denúncia da lide, é duvidosa a possibilidade de que possa requerer a AT, pois a denúncia representa uma ação regressiva de caráter condicional; a parte denuncia a lide ao terceiro prevendo a eventualidade de que venha a perder a demanda, o que desfigura o ‘juízo de verossimilhança’ e a ‘referência’ na prevenção do dano”.¹⁴³ CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, em sentido diverso, não exclui a possibilidade de o denunciante desde logo demonstrar a presença dos requisitos necessários para antecipação¹⁴⁴.

Não há razão para vetar em tese o cabimento da antecipação da tutela em favor do denunciante, principalmente quando se sabe que, à luz do parágrafo único do art. 456 do Código Civil, pode ele abdicar do seu interesse na ação principal para concentrar-se na demanda regressiva (sobre o assunto, ver o volume I deste *Curso*). Esse comportamento do denunciante revela aceitação da derrota em face do seu adversário originário e, a depender do comportamento do denunciado, pode autorizar a concessão da tutela antecipada em seu favor.

O réu pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for reconvinte e denunciante; quando formular pedido contraposto ou ação declaratória incidental; ou quando a ação for dúplice, hipótese em que a sua simples defesa já se constitui o exercício de sua pretensão (ver o volume I deste *Curso*, na parte sobre a classificação das ações). Até mesmo quando simplesmente contestar demanda não-dúplice, pode o réu, preenchidos os pressupostos legais, requerer a antecipação dos efeitos da tutela declaratória negativa (improcedência do pedido do autor), em homenagem ao princípio da isonomia.

141. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 28.

142. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 647, nota 8 ao art. 273. Cássio Scarpinella Bueno, contudo, entende só ser possível se o assistente simples atua na condição de gestor de negócios (art. 52, parágrafo único, CPC). Demais disso, partindo da premissa de que réu não teria legitimidade para solicitar antecipação em sua defesa, exclui a possibilidade de requerimento por parte de nomeado (nomeação à autoria) e chamado (chamamento ao processo). (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 44 e 45).

143. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 59.

144. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

A lei fala em requerimento da “parte”, sem indicar qual delas. E nesse mesmo dispositivo menciona “pedido inicial”. Uma interpretação rasa da norma poderia conduzir à conclusão de que só cabe ao autor requerer antecipação dos efeitos da “tutela pretendida no pedido inicial”, como diz a lei. Sucede que isso violaria, frontalmente, o princípio da igualdade, conferindo ao autor um benefício não atribuído ao réu, sem justificativa razoável. Mas a doutrina majoritária interpreta o dispositivo conforme a constituição¹⁴⁵.

Em sentido diverso, NELSON NERY JR. e ROSA NERY¹⁴⁶, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO¹⁴⁷, JOÃO BATISTA LOPES¹⁴⁸ e ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, defendendo, esse último, que parece pouco compatível com o nosso sistema processual admitir-se antecipação de tutela em benefício do réu, visto que “trata-se de instituto que visou exatamente redistribuir os ônus do tempo no processo, evitando que corra em prejuízo do autor”¹⁴⁹.

MARINONI pontua ser inquestionável que em ação dúplice e em reconvenção é possível o réu pedir a antecipação de tutela. Já a possibilidade de solicitá-la em sede de simples contestação, parece-lhe mais complexa. Ainda assim, admite, articulando argumentos semelhantes àqueles acima expostos:

“O réu, na contestação (...) não formula pedido. Entretanto, o réu, ao solicitar a rejeição do pedido formulado pelo autor, requer tutela jurisdicional. O réu, na contestação, requer tutela jurisdicional de conteúdo declaratório. Se o autor pode requerer a tutela antecipatória na pendência de ação declaratória que objetiva declarar a legitimidade de um ato, o réu também poderá, em tese, solicitar a tutela antecipatória na ação na ação declaratória de ilegitimidade do ato se, em face do caso concreto, estiverem presentes circunstâncias que façam crer que o autor praticará atos que impedirão o réu de praticar ato que supõe legítimo. A tutela inibirá o autor de praticar atos que poderiam impedir o réu de praticar o ato que, em caso de improcedência, será declarado legítimo”¹⁵⁰.

São bons exemplos: a) em demanda condenatória contestada, tendo remetido o autor, em razão da suposta dívida, informações para órgãos de proteção ao crédito, poderá o réu, em tese, postular a antecipação de efeitos da futura sentença de improcedência, a fim de que seu nome seja provisoriamente excluído do rol de devedores inadimplentes ou não seja divulgado esse dado¹⁵¹; b) sendo os embargos

145. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 154. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 173 e 174.

146. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, 7 ed., 2003, p. 647, nota 8 ao art. 273.

147. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

148. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 55.

149. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 60.

150. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 174.

151. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 2 ed., 2001, p. 354. Ainda sobre a antecipação de tutela requerida pelo réu, ver ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 517-522; OLIVEIRA, Allan Helber de. *O réu na tutela antecipatória*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 121-216.

de executado manifestamente protelatórios, pode o réu/exequente requerer, como antecipação da tutela, a continuidade do processo executivo, eventualmente suspenso pela interposição dos embargos¹⁵².

Também tem legitimidade o substituto processual, pois “se ele está legitimado a defender o direito do outro, porque disso lhe resulta um proveito que a ordem jurídica assegura, mediante tutela definitiva, por que não lhe reconhecer legitimção para requerer tutela antecipada”¹⁵³.

4.6.2. Ministério Público

O Ministério Público pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela quando for parte (art. 81, CPC) e quando for assistente diferenciado de incapazes (art. 82, I, CPC)¹⁵⁴. Na qualidade de *custos legis* (art. 82, II e III, CPC) poderá o Ministério Público apoiar/repelir/sugerir o pleito antecipatório formulado¹⁵⁵; não poderá, entretanto, formular pedido antecipatório autônomo¹⁵⁶, pois lhe falta legitimidade para formular a demanda.

Defendendo a legitimidade do MP para requerer tutela antecipada, quando intervém no processo em razão da qualidade da parte (art. 82, I e III, CPC), MARCELO ZENKNER. O mesmo autor reconhece legitimidade ao MP para requerer antecipação da tutela nos casos de intervenção em razão do objeto litigioso (art. 82, III, CPC), como forma de reafirmação da função ministerial de resguardar o interesse público¹⁵⁷.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO entende que também na qualidade de fiscal da lei, o membro do MP pode solicitar antecipação de tutela, desde que seu pedido esteja em consonância com os interesses e direitos que ensejam sua atuação no feito. “Pensar diferentemente não é somente apequenar o Ministério Público e seus misteres constitucionais; é muito mais do que isso. É apequenar a função social do processo e o interesse do próprio Estado – imposto pela própria Constituição Federal – em

152. CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. “A antecipação dos efeitos da tutela judicial nos embargos à execução”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: s/e, 1999, v. 6, p. 483.

153. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 23.

154. Posicionamo-nos, assim, com Antônio Cláudio da Costa Machado, que não vê no caso intervenção do MP como *custos legis*. (*Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 216-229.) E, conforme nosso entendimento, o assistente não-litiscorsorial (é o caso) pode requerer a antecipação dos efeitos da tutela, salvo se expressamente assim não o desejar o assistido. O mesmo autor, entretanto, nega, nesses casos, legitimidade do MP para requerer antecipação dos efeitos da tutela, “porque o Ministério Público pelos incapazes não exerce direito de demanda, mas apenas assistência parecida com a litiscorsorial, não detém ele legitimidade para requerer antecipação da tutela, mas somente para sugeri-la...” (I, cit., p. 514)

155. Em outro sentido, admitindo a possibilidade de requerimento de antecipação dos efeitos da tutela pelo MP *custos legis*, FARIAS, Cristiano Chaves. “O Ministério Público interveniente (*custos legis*) e a possibilidade de pleitear a antecipação dos efeitos da tutela: a busca da efetividade do processo”. *Revista de direito processual civil*. Curitiba: Gênesis. 2003, n. 30, p. 728-741.

156. Assim, Antônio Cláudio da Costa Machado, *Tutela antecipada*, cit., p. 516-517.

157. *Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 162, 163 e 165.

que ele, o processo, seja eficaz, em que ele produz os efeitos que devem surtir em prol daquele que, proceduralmente, apresenta-se como ‘melhor direito’ do que o outro¹⁵⁸.

4.6.3. Concessão ex officio

O art. 273 exige o pedido do interessado para a concessão da tutela antecipada. Veda-se, assim, a tutela antecipada *ex officio*. Trata-se de regra coerente com a *regra da congruência* (ver capítulo sobre teoria da decisão), adotado pelo nosso Código nos arts. 128 e 460.

Há casos em que o pedido de concessão da tutela antecipada se reputa como *implícito*, como, por exemplo, o pedido de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos (art. 4º da Lei Federal n. 5.478/1968).

No âmbito do processo penal, permite-se a concessão de *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, Código de Processo Penal).

As medidas provisionais previstas no art. 888 do CPC, de nítido conteúdo satisfativo, podem ser concedidas *ex officio* pelo magistrado, sem maiores oposições doutrinárias a respeito. Podem, então, ser concedidas como tutela antecipada.

Há quem reconheça a existência de outras situações excepcionais em que o magistrado, para evitar perecimento do direito, deve conceder *ex officio* a antecipação da tutela. Na ausência de pedido da parte, a concessão de ofício seria a única forma de preservar a utilidade do resultado do processo. Esse expediente não violaria a regra da inércia da jurisdição, pois o juiz não estaria indo além ou fora dos limites do pedido formulado pela parte, mas, tão-somente, antecipando seus efeitos fáticos¹⁵⁹.

158. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43.

159. Assim, Daniel Mitidiero, alegando, dentre outras coisas, que não haveria violação, pois “envolve questões da própria causa, plantadas evidentemente pela parte” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., t. 3, p. 49-50). Com a mesma opinião, só que baseada em fundamentos distintos, Cássio Scarpinella Bueno: “Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quicá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que essa é uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional se ja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33). Em sentido diverso, Carlos Augusto Assis (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. 2001, p. 156), João Batista Lopes (LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2001, p. 55), Nelson Nery Jr (NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7 ed., 2003, p. 647, nota

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE levanta, em sua obra, outro questionamento, ainda dentro desse contexto: a decisão antecipatória deve ficar adstrita aos limites do pedido? Fica ela submetida à regra da congruência (adstrição ou correlação)? E, continua, respondendo:

“Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 tem, em tudo e por tudo, natureza cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela. Nessa linha de pensamento, não há porque afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material”¹⁶⁰.

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS conta com outra possibilidade: a antecipação de tutela punitiva oficiosamente, como forma de se preservar a lealdade processual.

“Poder-se-ia aventar, contudo, *de lege ferenda*, que, passado esse primeiro momento de adaptação para os operadores do direito, fosse procedida uma ampliação do instituto, permitindo, especificamente na hipótese do inciso II, que a medida fosse concedida *ex officio*. Sim, porque, neste caso, a atitude protelatória ou abusiva que a motiva ofende a própria seriedade da atividade jurisdicional. Não é demais lembrar, inclusive, que a litigância de má fé, um dos parâmetros para a concessão da antecipação do inciso II, pode, justamente por força da reforma processual, ser declarada de ofício”¹⁶¹.

Não parece ser possível a concessão *ex officio*, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, não só em razão de uma interpretação sistemática da legislação processual, que se estrutura na regra da congruência. A efetivação da tutela antecipada dá-se sob responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, que deverá arcar com os prejuízos causados ao adversário, se for reformada a decisão. Assim, concedida *ex officio*, sem pedido da parte, quem arcaria com os prejuízos, se a decisão fosse revista? A parte que se beneficiou sem pedir a providência? É preciso que a parte requeira a concessão, exatamente porque, assim, conscientemente se coloca em uma situação em que assume o risco de ter de indenizar a outra parte, se restar vencida no processo.

4.7. Forma de requerimento

O requerimento deve ser formulado no mesmo processo em que se pleiteia a tutela definitiva cujos efeitos se quer antecipar, seja na petição inicial (ou contestação, ou petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público), seja em *petição simples* formulada ulteriormente.

8 ao art. 273), Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 103) e Calmon de Passos (*Inovações do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 23).

160. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*. 3 ed., 2003, p. 380.

161. ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 154.

O requerimento *ulterior* de antecipação dos efeitos da tutela pode ser feito, ainda *a)* oralmente, em mesa de audiência, ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; *b)* ou no bojo de petição recursal – quando, em regra, será dirigido ao relator, a depender do regimento interno.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE salienta que é possível que o pedido antecipatório, em algumas circunstâncias, se ja formulado por ação autônoma (procedimento autônomo): “Interposta apelação e antes da remessa dos autos ao tribunal, pode surgir a necessidade da antecipação dos efeitos da tutela final. Deverá a parte pleitear a tutela correspondente pela via autônoma (...) estando os autos em primeiro grau, deve a parte dirigir sua petição ao tribunal, instruindo-a com peças necessárias (art. 800, parágrafo único) (...) Essa pedido antecipatório só não foi feito nos autos principais por absoluta impossibilidade prática”. O mesmo ocorre, diz o autor, com a ação preparatória de sustação de protesto¹⁶².

Parece-nos que, ainda nesses casos, o pedido antecipatório será feito incidentalmente no procedimento em que se pleiteou a tutela definitiva, independentemente do fato de ser ou não autuado separadamente. Trata-se de uma petição avulsa, a ser distribuída livremente no tribunal, e que servirá para determinar a prevenção do relator que irá ficar responsável pela apelação.

O que importa é que, sempre, em qualquer situação, o pleito antecipatório deve ser devidamente fundamentado, com a exposição clara e precisa da situação de perigo (art. 273, I) ou dos atos abusivos e/ou protelatórios da contraparte (art. 273, II), bem como dos efeitos práticos (sociais) que se quer adiantar, instruindo-se a petição com prova inequívoca e pré-constituída do quanto alegado.

4.8. Momento

4.8.1. Considerações iniciais

A princípio, a tutela antecipada pode ser requerida e concedida a qualquer tempo dentro do processo: desde o início do processo, com a propositura da ação (*liminarmente*) até seus momentos finais. Não há limite temporal.

Segundo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “(...) preclui para a parte a faculdade se, presentes os requisitos, não formular ela o pedido de antecipação. Como toda e qualquer faculdade processual, deve o interessado exercê-la no momento adequado, sob pena de não mais poder fazê-lo, em decorrência da preclusão temporal”. O prazo, conclui o autor, seria aquele supletivo do art. 185, CPC¹⁶³.

CÁSSIO SCARPINELLA BUEN● entende ser muito rígida a imposição desse prazo de 05 dias, sob pena de preclusão. Para o autor, o mais correto é que o desrespeito ao prazo

162. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 307.

163. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 376.

não conduza à preclusão, mas, sim, influencie convicção judicial, ou seja, acaso seja tutela antecipada assecuratória (urgente), se era tão urgente assim a medida, o juiz deve ponderar por que a parte demorou tanto para formular seu pedido.¹⁶⁴

Já JOÃO BATISTA LOPES é mais objetivo. Entende que não há que se falar em preclusão temporal, porquanto a lei não tenha fixado prazo para o requerimento. Pode ser formulado a qualquer tempo¹⁶⁵.

Têm razão os dois últimos autores: a formulação do pedido de tutela antecipada é uma faculdade, cujo exercício não se submete a prazo preclusivo.

Interessa, contudo, analisar pontualmente os principais casos.

4.8.2. *Liminarmente*

A concessão *liminar* da antecipação de tutela – antes da ouvida do réu – só é possível quando se trata de antecipação assecuratória¹⁶⁶.

A antecipação de tutela poderá ser concedida liminarmente quando o perigo de dano se der antes ou durante o ajuizamento da demanda. Acaso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado. Seria uma restrição ilegítima e desproporcional ao seu direito de manifestação e defesa. Somente o *perigo* justifica a restrição ao contraditório.

Como bem diz ZAVASCKI, “para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da menor restrição possível: o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário”¹⁶⁷.

A antecipação de tutela punitiva pressupõe que tenham sido praticados atos pelo réu de embarço ao andamento do processo. Assim, difícil de imaginar sua ocorrência antes de sua efetiva participação na causa – mas não é absurdo imaginar a hipótese em que o réu se esquivia furtivamente de receber o mandado de citação¹⁶⁸. Essa conduta, contudo, somente poderá servir como fundamento para a concessão da tutela antecipada *depois* da ouvida do réu.

164. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2004, p. 63.

165. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2001, p. 79.

166. Em sentido diverso, Calmon de Passos, que não admite a concessão de tutela antecipada sem a prévia oitiva do adversário (PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 26 e 27) e Sérgio Bermudes (*A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29).

167. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 80.

168. “(...) excepcionalmente, o manifesto propósito protelatório pode ser invocado já na inicial, sob a afirmação de má conduta pretérita do demandado” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 87). “Basta imaginar um caso em que o réu cria todo tipo de dificuldades para a concretização da citação. E isso pode variar desde ter dado ao autor um endereço que não existe ou no qual ele não reside,

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE também assevera não ser possível a concessão liminar da antecipação de tutela punitiva:

“Como critério para verificação da necessidade de antecipação dos efeitos *inaudita altera parte*, pode o julgador orientar-se pela seguinte regra: apenas concederá a tutela antecipada sem a presença do réu se sua convocação prejudicar a eficácia da medida. Já a hipótese do inciso II, que pressupõe o abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, somente pode ocorrer após a resposta”¹⁶⁹.

O que aqui se disse se aplica, também, ao pedido ulterior de antecipação dos efeitos da tutela, que somente pode dispensar o contraditório *prévio* em situações de urgência.

4.8.3. Na sentença

A antecipação de tutela assecuratória ou punitiva pode ter seus respectivos pressupostos preenchidos já no momento da prolação da sentença. Perceba que, neste caso, a *tutela antecipada* estará sendo concedida após *cognição exauriente*, e não *sumária*.

Seria possível o juiz concedê-la em sede de sentença?

Decerto que sim, o que pode gerar duas situações: *i)* em sendo caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, que, em regra, impedem execução provisória –, a concessão da medida antecipatória no bojo da sentença terá por efeito autorizar a execução provisória; *ii)* em sendo caso, tão-somente, de apelação sem efeito suspensivo – e não sendo caso de reexame necessário –, a execução provisória já está automaticamente autorizada, sendo pouco útil a concessão da tutela antecipada.

Perceba-se que se trata de técnica de antecipação dos *efeitos* da tutela e, não, da tutela em si. Sabendo-se que no sistema recursal brasileiro a regra geral é recurso de apelação ser dotado de efeito suspensivo, impedindo que a sentença apelada produza efeitos de plano, a grande utilidade da tutela antecipada concedida no bojo da sentença consiste em conferir-se eficácia imediata à decisão, quebrando o efeito suspensivo do recurso.

nem nunca residui, até a forma clássica de fugir do ‘oficial de justiça’, dizendo que não está, que está viajando, sabe-se-lá Deus quando volta”. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41).

169. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3 ed., cit., p. 366. Nesse sentido, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, cit., p. 171.

4.8.4. *Em grau recursal*¹⁷⁰

A antecipação de tutela assecuratória ou punitiva pode ter, por fim, seus pressupostos preenchidos depois da prolação da sentença.

Se a sentença já foi proferida e o processo já está no tribunal, em grau de recurso, deve-se formular o requerimento de antecipação de tutela dirigido ao próprio tribunal, para que seja apreciado pelo órgão fracionário responsável pelo julgamento do recurso – pelo relator ou pelo Presidente do Tribunal, a depender do regimento interno. O deferimento da medida conduzirá à imediata eficácia da sentença.

Para JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “esse mesmo raciocínio não pode ser adotado em sede de recurso especial, pois a tutela antecipada tem como requisito a prova inequívoca da verossimilhança, exame não compatível com a natureza dessa via de impugnação”¹⁷¹.

Não parece correta a restrição *em luse* da possibilidade de concessão de tutela antecipada na instância extraordinária.

Se é certo que há um consenso doutrinário sobre a impossibilidade de *produção* de prova nesta instância, também é certo que a prova (*inequívoca*) já pode *ter sido produzida* durante o processo (sendo, em relação a esse procedimento recursal, prova *pré-constituída*). A interposição do recurso extraordinário pode ser, por exemplo, exatamente a conduta abusiva que justifica a antecipação da tutela, como quando se recorre contra texto consagrado em súmula da jurisprudência predominante. É muito frequente no foro a utilização do recurso extraordinário (*lato sensu*, incluindo também o recurso especial) como técnica protelatória.

Como o juiz de primeira instância já encerrou seu ofício na fase de conhecimento (art. 463, CPC), não podendo mais atuar na causa com esse propósito, a competência para apreciar pedido de antecipação da tutela é do tribunal, aplicando-se, por analogia, o disposto no para. ún. do art. 800 do CPC.

A doutrina discorda, contudo, sobre qual seja a via adequada para requerer a antecipação de tutela em tais casos.

TEORI ALBINO ZAVASCKI opta pelo mandado de segurança contra ato judicial, nos seguintes termos: “A questão é de ordem prática, ou seja, de como levar o pedido ao tribunal se os autos lá não chegaram. Para superar tal dificuldade a solução possível é admitir, em caráter excepcional, a via autônoma do mandado de segurança contra ato judicial”¹⁷².

Já ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ressaltando que o mesmo problema se identifica nos casos em que o acórdão foi publicado e impugnado por recurso extraordinário

170. Sobre o tema, vale conferir a valiosa contribuição de William Santos Ferreira: *Tutela antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: RT, 2000.

171. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3 ed., 2003, p. 370.

172. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, p. 82.

(em sentido lato), mas os autos não foram remetidos para o tribunal superior, fica com a via cautelar: “Parece-nos que, durante o lapso da interposição do recurso e a entrada do processo no protocolo do tribunal ‘*ad quem*’, cumprirá aplicar à AT, *analogicamente*, o procedimento incidental previsto no art. 800, parágrafo único, para as medidas cautelares”¹⁷³.

Nada impede, segundo pensamos, que o requerimento seja formulado por petição *simples*, encaminhada ao tribunal, distribuída autonomamente e que determine a prevenção do relator para conduzir o procedimento do recurso que fora interposto.

4.9. Instrução

Em linha de princípio, não é necessária a instauração de um incidente processual, com fase probatória específica, para que se aprecie pedido de tutela antecipada.

Na verdade, em sendo pedido de concessão *liminar* da tutela antecipada, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações que embasam o *direito material da parte* deve ter sido apresentada juntamente com a petição inicial.

Mas pode ser necessária, para a concessão da medida liminar, a produção de prova de forma incidental. Em tal situação, pode o magistrado determinar designar audiência de justificação prévia¹⁷⁴ – tal como o legislador autoriza em alguns procedimentos especiais (ex.: art. 928, para ações possessórias; art. 1.050, parágrafo primeiro, para embargos de terceiro; art. 12 da Lei n. 7.347/1985 etc.), e no próprio procedimento comum (art. 461, § 3º, CPC)¹⁷⁵.

No entanto, caso seja o pedido de concessão da tutela antecipada formulado no curso do processo, todas as provas já produzidas deverão ser consideradas e valoradas pelo julgador.

4.10. Manifestação do requerido

Formulado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, cabe ao magistrado determinar a manifestação do requerido (contraparte), em homenagem ao princípio do contraditório.

O pedido só deve ser acolhido, liminarmente, sem prévia ouvida do requerido (*inaudita altera pars*), em casos excepcionais, quando o respeito ao contraditório

173. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 96.

174. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 107. Nesse sentido, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 33; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 61.

175. “Se para uma ‘espécie’ de tutela antecipada isso é possível, nada mais sistemático que admitir essa forma e colheita de prova para todo e qualquer caso de tutela antecipada” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 34).

implicar risco a outro direito de natureza constitucional, *in casu*, a efetividade da jurisdição. Isso ocorre quando a urgência inerente à providência pleiteada impõe uma atuação imediata e enérgica do julgador, ou quando a comunicação e manifestação prévia do réu impliquem riscos para a realização do direito. Em casos tais, a postergação do contraditório está autorizada pela necessidade de garantir a efetividade da jurisdição¹⁷⁶.

Mas a lei não prevê expressamente qual o prazo que o requerido tem para manifestar-se. Há polêmica doutrinária a respeito do tema.

CALMON DE PASSOS defende que o prazo deve ser o mesmo previsto para as cautelares (cinco dias)¹⁷⁷.

TEORI ALBINO ZAVASCKI, malgrado sugira a aplicação por analogia do prazo de 72 (setenta e duas) horas do art. 2º, da Lei n. 8.437/1992 – previsto para ações civis públicas e mandados de segurança coletivos –, acaba por defender que o prazo deverá ser fixado pelo juiz, à luz do caso concreto, pautando-se nos seguintes parâmetros:

“(...) o mais recomendável é que o próprio juiz o fixe em consideração ao grau de complexidade da causa e à urgência em promover a medida antecipatória. Assim, nos casos em que a antecipação tenha como fundamento o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, é razoável que se defira prazo maior, semelhante ao da contestação da ação cautelar. Porém, se o pedido estiver fundado em risco de dano, o prazo há de ser fixado em conformidade com a urgência da citação, a ser avaliada prudentemente pelo juiz”¹⁷⁸.

O autor conclui defendendo que, em caso de urgência, a intimação do requerido poderá se dar pelos meios mais rápidos, inclusive por via telefônica e a sua manifestação poderá ser protocolada via fax. Com a regulamentação do processo eletrônico (Lei Federal n. 11.419/2006), nada impedirá que essa comunicação se dê eletronicamente.

SÉRGIO BERMUDEZ defende que o prazo deverá ser o da contestação. Se o pedido foi formulado por *petição simples*, todavia, o prazo deverá ser aquele supletivo, do art. 185, CPC (cinco dias)¹⁷⁹.

A melhor solução parece ser a do *prazo judicial*, fixando o magistrado o tempo que reputar mais adequado. Diante do silêncio do juiz, aplica-se o prazo supletivo de cinco dias.

176. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 106.

177. PASSOS, J. J. Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, cit., p. 26-27.

178. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 106.

179. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29

4.11. Decisão

Presentes os pressupostos do art. 273, CPC, o juiz deverá conceder a tutela antecipada. Ausentes esses mesmos pressupostos, o juiz deverá denegá-la. Consoante já afirmado, não há discricionariedade judicial. Sua decisão fica vinculada ao preenchimento dos pressupostos legais. Agir de modo contrário, fugindo à lei, configura arbitrariedade judicial, sobretudo pelo fato de o magistrado estar construindo norma jurídica concreta de conformação de direitos fundamentais – em que opta por preservar a efetividade do direito do requerente, com o deferimento da medida, ou por resguardar a segurança jurídica do requerido, com o seu indeferimento¹⁸⁰.

Trata-se, em regra, de *decisão interlocutória*, o que não deixa dúvidas o art. 273, §5º, CPC: “Concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até o final julgamento”. Pode ser, como visto, *capítulo de uma sentença*, se concedida em seu bojo. A tutela antecipada ainda pode ser concedida por decisão de relator ou por acórdão de tribunal.

De acordo com o art. 273, §1º, CPC, o juiz, na decisão que concede ou denega tutela antecipada, deve indicar “de modo claro e preciso as razões do seu convencimento”. Decisões que antecipem a tutela, cuja fundamentação se resuma à assertiva de que “Presentes os pressupostos da tutela antecipada, defiro (...)”, tão comuns e admitidas na prática forense, são, em verdade, decisões sem fundamentação, que devem, pois, ser invalidadas.

Neste sentido, preciosas as palavras do processualista baiano CALMON DE PASSOS, que já previa, anos atrás, que essa prática possivelmente se instalaria em nossos tribunais:

“Sinceramente espero não ler, no futuro, imoralidades jurídicas iguais as que tenho lido na fundamentação de certas cautelares, em que se diz, pura e simplesmente, estar-se deferindo a medida porque presentes tanto o *fumus boni iuris* quanto o *periculum in mora* (assim mesmo em latim, para impressionar) e a parte consulte uma sibila para desvendar o pensamento do magistrado.

Decisão sem fundamento ou sem fundamento aceitável como tal, no mínimo que seja, é decisão nula, que não obriga e deve ser reformada (...), com punição do culpado por essa violência desnecessária a uma garantia constitucional básica”¹⁸¹.

O dispositivo legal é ocioso, visto que o dever de fundamentação das decisões judiciais já é uma exigência constitucional (art. 93, IX, CF), cujo desrespeito conduz à nulidade do ato decisório.

180. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 108.

181. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Inovações no Código de Processo Civil*, 1995, p. 28.

Contudo, ao que parece, o legislador fez questão de explicitar a exigência de fundamentação no art. 273, §1º, pelo fato de o art. 165, do CPC, dispor que, salvo sentenças e acórdãos, as outras decisões podem ser fundamentadas de modo conciso. A intenção, ao que tudo indica, foi afastar a possibilidade de fundamentações concisas de decisões interlocutórias sobre tutela antecipada.

4.12. Efetivação

De acordo com o art. 273, §3º, CPC, “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A”.

O §3º do art. 273, alterado pela Lei n. 10.444/2002, remete, de forma inovadora, a efetivação da tutela antecipada a todo o regime legal da execução provisória, até então previsto no art. 588, CPC¹⁸², e agora previsto no art. 475-O, CPC, por força da Lei n. 11.232/2005. A remissão, agora, deve ser feita a esse último artigo. O estudo da execução provisória da sentença é feito no volume 5 deste *Curso*, em capítulo próprio, para onde se remete o leitor.

Sobressaem, pois, com grande nitidez, as principais consequências da aplicação desse regramento: a) imposição do regime da responsabilidade civil objetiva¹⁸³ àquele que se valeu da medida antecipatória, e que restou ao final vencido na causa: deverá indenizar a parte *ex adversa* pelos prejuízos que sofreu com a efetivação da mencionada medida, independentemente da existência de culpa; b) não-obrigatoriedade da imposição da caução, como regra, pelo magistrado, como condição para a antecipação dos efeitos da tutela, embora possa fazê-lo, nos casos no art. 475-O, III, CPC – aplicando-se, outrossim, as exceções (casos de dispensa da caução) do art. 475-O, §2º¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

182. DINAMARCO, Cândido. *A Reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, p. 103.

183. Já admitiam a responsabilidade objetiva do beneficiário da antecipação, antes mesmo desta reforma legislativa: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*, 2 ed., 2001, p. 392; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia”. *Reforma do Código de Processo Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 244. Como visto no capítulo relativo ao Cumprimento da Sentença, Ovídio Baptista tece duras críticas à responsabilização objetiva do credor na execução provisória. Fábio Luiz Gomes, seguindo as lições do autor, tece críticas semelhantes à responsabilização objetiva do beneficiário da tutela antecipada. (GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade Objetiva e Antecipação de Tutela*. São Paulo: RT, 2006, p. 214 segs.)

184. Como afirma Shimura: “...é preciso considerar algumas situações em que a exigência da caução pode inviabilizar a concessão da tutela antecipada, como aquela em que o autor não possui condições financeiras para tanto ou quando o interesse não tem conteúdo patrimonial. Nestes casos, a caução não se mostra mecanismo adequado para reequilibrar o contraditório e a igualdade entre as partes”. (SHIMURA, Sérgio Seiji. “Efetivação das tutelas de urgência”. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 674.)

185. DANTEL MITIDIERO critica a aplicabilidade do regramento da execução provisória na efetivação da tutela antecipatória. Na lição do processualista, a execução provisória, por fundar-se em título provisório, é in-

A despeito disso, TEORI ALBINO ZAVASCKI tem opinião peculiar. Defende que: se a *antecipação for assecuratória*, a responsabilidade será *objetiva* – pois não há necessariamente ilicitude e repercute essencialmente na esfera de direitos dos particulares; já se a *antecipação for punitiva*, a responsabilidade será *subjetiva* – pois há ilícito que prejudica interesses dos particulares e a própria jurisdição. Assim, nessa segunda hipótese: “caberá a ele restituir ao demandado os benefícios obtidos com a antecipação de tutela; porém, qualquer outro dano que a execução possa ter acarretado somente será ressarcido se configurada participação culposa ou dolosa do demandante”¹⁸⁶⁻¹⁸⁷.

Assim, antecipação dos efeitos de tutela condenatória – de prestações de qualquer natureza (fazer, não fazer, dar coisa distinta de dinheiro, pagar quantia certa) –, constitutiva ou meramente declaratória far-se-á de acordo com as regras inerentes à execução provisória.

A efetivação da tutela antecipada se opera no mesmo processo em que proferida¹⁸⁸. “Se muito, a efetivação da tutela abre ensanchar apenas para mero incidente procedimental”¹⁸⁹. Nada impede que o magistrado determine a autuação apartada do incidente processual, para evitar tumultos desnecessários.

Ainda no §3º do art. 273 do CPC, o legislador fez remissão aos §§4º e 5º, art. 461, e ao art. 461-A¹⁹⁰, criando um verdadeiro “sistema de vasos comunicantes

completa, não comportando a efetiva realização do direito. No entanto, promover uma execução da tutela antecipatória de forma incompleta, mesmo sendo ela fundada em situação de urgência e/ou de evidência vai de encontro com sua própria essência e finalidade. Por isso, na opinião do autor, a regra do art. 475-●, III, CPC, só deve ser aplicável no que couber, razão pela qual seria possível alienação de bem para dar efetividade à tutela antecipatória (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 55).

186. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p.90.

187. Com outro olhar, mas também criticando esse regime de responsabilização objetiva, por afronta à igualdade, tem-se a doutrina de DANIEL MITIDIERO: “Para que cesse esta afronta à igualdade, de duas, uma: ou se estende o regime de responsabilidade objetiva para o demandado, nos casos em que a tutela sumária deveria ter sido concedida e não foi e o demandante experimenta dano por conta da sua denegação, ou institui-se regime de responsabilidade subjetiva para o demandante em face da fruição de tutela sumária. Daí a razão pela qual nos parece de melhor alvitre a solução italiana – responsabilidade civil pela fruição indevida de tutela sumária apenas quando o demandante ‘há agito senza La normale prudenza’.” (“Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória”, cit., p. 56).

188. Já apontava a circunstância Luiz Fux: “O §3º do art. 273 determina a aplicação, no que couber, das regras da execução provisória. Na verdade não se trata de processo de execução autônomo. É execução sem intervalo, na mesma relação processual, assimilando-se o vocábulo execução por efetivação...” (*Tutela antecipada e locações*. 2 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1996, p. 112.). Segundo Marinoni: “Nada impede que a execução se processe em outros autos para que seja evitado o tumulto processual (obviamente quando recomendável). A impugnação não pode ser utilizada nos termos e limites do art. 475-L do Código de Processo Civil, mas apenas como defesa contra os atos executivos”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 267).

189. SHIMURA, Sérgio. “Efetivação das tutelas de urgência”, cit., p. 670.

190. “A remissão ao art. 461-A não tem utilidade alguma, porque esse dispositivo simplesmente submete as obrigações de entrega à disciplina constante do art. 461 e seus parágrafos...” (DINAMARCO, *A reforma da reforma*, 2002, p. 103.)

entre a disciplina da tutela antecipada como poder geral concedido ao juiz pelo art. 273, e a da tutela específica¹⁹¹ das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa distinta de dinheiro.

Aqueles parágrafos dizem respeito às medidas de coerção direta e indireta de que o magistrado pode valer-se, inclusive de ofício, para efetivar seus provimentos antecipatório e final: multa, busca e apreensão de coisa, desfazimento de obras, requisição de força policial etc. Não há dúvidas, agora, acerca da possibilidade de utilização desses mecanismos de apoio na efetivação da tutela antecipada de qualquer obrigação de fazer, não-fazer ou dar coisa distinta de dinheiro, aplicando-se a regra geral da antecipação prevista no art. 273, CPC. Questiona-se, contudo, se as medidas coercitivas, nominadas e inominadas, previstas nesse dispositivo, podem ser utilizadas para a efetivação de prestações de pagar quantia certa.

Trata-se de questão polêmica na doutrina processual. E a tendência é que a discussão se intensifique com o advento do art. 475-I, do CPC, que, em sua literalidade, exclui, para a efetivação de obrigações pecuniárias, a aplicação de qualquer medida executiva que não esteja expressamente prevista na lei (nos arts. 475-I e ss.): “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigações por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo”. E os únicos meios típicos de efetivação de tais obrigações são aqueles relativos à expropriação forçada e a multa do 475-J. Excluíram-se os meios executivos do art. 461 e 461-A.

De todo modo, parece que a regra é a de permitir a aplicação, com a ressalva da multa diária, adiante examinada.

Com base no princípio da legalidade e tipicidade das medidas executivas, EDUARDO TALAMINI entende não ser possível¹⁹². Ainda nesse sentido, MARCELO ABELHA RODRIGUES¹⁹³. MARCELO LIMA GUERRA e LUIZ GUILHERME MARINONI sustentam opinião contrária. Argumentam que os meios típicos de execução previstos para essa modalidade de obrigação encontram vários obstáculos que dificultam a obtenção de resultados mais céleres e efetivos – tais como as dificuldades de

191. DINAMARCO, *A reformada reforma*, p. 103.

192. “Há de se considerar que, se existe na lei a distinção de regimes de tutela para os deveres de cada espécie, não é possível passar por cima de tal diferenciação. Não há como indistintamente aplicar a todas as hipóteses regras atualmente estabelecidas para apenas algumas delas. O ‘transporte’ das medidas e eficácias ex art. 461 para outros campos há de cingir-se aos limites em que são válidas a aplicação subsidiária e a analogia” (*Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 462 ss.).

193. “Atipicidade de meios e do procedimento executivo também é algo que diferencia a execução com base nos arts. 461 e 461-A do art. 475-I e ss. É que na execução judicial por desapossamento e transformação o juiz tem liberdade de escolha do meio executivo (coercitivo e/ou subrogatório) mais adequado para cada caso concreto, ao passo que na execução judicial por expropriação, continua existindo um procedimento típico e meios ordenados, aos quais o juiz deve estar submetido” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114).

localização e venda de bens do devedor para garantir pagamento da dívida, dentre outros –, obstáculos estes que embarçam a execução forçada, e revelam uma insuficiência do sistema de tutela executiva.

A expropriação forçada pode ser muito custosa e demorada, dizem, propondo uma análise da questão à luz do direito fundamental à tutela efetiva e à igualdade, para admitir amplamente o uso medidas atípicas também na efetivação de prestações pecuniárias¹⁹⁴.

Nesse contexto, interessa-nos, sobretudo, analisar a aplicabilidade da multa diária – medida coercitiva mais difundida na nossa prática forense.

Para proceder a essa análise, é necessário pontuarmos a possibilidade de a referida multa, mecanismo de coerção indireta, ser fixada em período distinto do

194. Segundo Marcelo Lima Guerra: "(...) justifica-se porque mesmo na ausência de uma norma infra-constitucional que explique o poder-dever do juiz adotar meios executivos não previstos na lei, este existe como corolário da existência do direito fundamental à tutela executiva". Nessa ordem de ideias, é possível formular aquela que é talvez a conclusão mais importante do presente trabalho, a saber, o § 5º do art. 461 do CPC, como norma que reconhece, expressamente, o poder do juiz determinar medidas executivas não previstas na lei, não 'ações tendentes ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer', representa uma concretização apenas parcial do direito fundamental aos meios executivos. Dessa forma, à luz do que se disse, é lícito concluir que não apenas no âmbito das ações disciplinadas pelo art. 461 do CPC, mas em qualquer caso de prestação de tutela executiva o juiz está autorizado, pela Constituição, a adotar os meios executivos que se revelarem necessários, ainda que não previstos em lei, para proporcionar uma integral prestação de tutela executiva. E, adiante, continua: "Ora, a posição inicial à utilização de multa diária, ou qualquer outro meio não previsto em lei, fundada em argumentos legalistas, segundo os quais, basicamente, o juiz só estaria autorizado a utilizar as medidas expressamente em lei, no âmbito da tutela executiva de qualquer outro crédito que não sejam aqueles tendentes ao cumprimento de prestação de fazer ou não fazer, não se sustenta a luz da teoria dos direitos fundamentais e, consequentemente, de uma interpretação conforme à constituição do sistema processual. Como se demonstrou, negar a possibilidade de se utilizar uma medida judicial, que se revele capaz de fomentar um direito fundamental qualquer, pela simples falta de previsão infraconstitucional, é negar a justiciabilidade desse direito fundamental, o que é o mesmo que negar a própria Supremacia da Constituição. Daí porque, concretizando-se os direitos fundamentais independentemente de lei, o direito fundamental à tutela executiva confere ao juiz o poder-dever de adotar os meios executivos mais adequados a pronta e integral proteção do credor, ainda que não previstos expressamente em norma legal, ou mesmo adotar medidas que tornem mais efetivo e adequado o meio legalmente previsto, respeitados os limites que a isso venham a impor os direitos fundamentais do próprio devedor, o que só o caso concreto revelará inteiramente. (...) Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da isonomia (igualdade dotada de direito fundamental), e extensão dos poderes reconhecidos ao juiz no mencionado § 5º do art. 461 do CPC, a toda e qualquer situação de tutela executiva, independente da natureza do crédito a ser satisfeito in executivis" (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção ao Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 104, 151 e 152). Também assim, Luiz Guilherme Marinoni, referindo-se especificamente às decisões antecipatórias: "A Constituição, ao garantir o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, também garante o direito às modalidades executivas adequadas a cada situação conflitiva concreta. Assim, se a execução da tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano através da via expropriatória é inefetiva, não há como não admitir a sua execução mediante a imposição de multa, inclusive para que a própria Constituição seja observada". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 632.) Parece seguir esse posicionamento, MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 69.

dia (semana, quinzena, mês, ano etc., conforme o novo §6º do art. 461, CPC). A multa somente será diária se assim entender/determinar o magistrado. Além disso, cumpre observar que, de um lado, o §3º ora comentado contém a cláusula que tempera um pouco a aplicação dos §§4º e 5º do art. 461, pois a sua aplicação será “no que couber e conforme a sua natureza” e, de outro, o art. 475-I, CPC, é taxativo ao excluir aplicabilidade de outras medidas que não as previstas no capítulo em que se insere (“Cumprimento da Sentença”). Assim, o magistrado verificará se a eficácia do direito antecipado é compatível ou não com a aplicação das medidas de apoio, dentre as quais avulta a multa.

A partir dessas premissas, entendemos inaplicável a cominação de *multa diária* para a antecipação de pagamento de dívida pecuniária. A existência do sistema de juros moratórios já serve como mecanismo de coerção. Servem a propósito as lições de EDUARDO TALAMINI, escrevendo antes da reforma, mas já pensando nela:

“E, mesmo *de lege ferenda*, não parece revelar-se apropriada a extensão da multa para o campo da tutela atinente a pretensões pecuniárias. Dificilmente a aplicação da multa teria eficácia prática, pois conduziria a um impasse lógico: recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo. Aliás, a técnica da incidência da multa por dia de atraso no cumprimento de prestação pecuniária identifica-se, nesse campo, com a técnica da incidência dos juros de mora. A cominação de multa processual diária equivaleria à imposição judicial de juros diários. Sabe-se, no entanto, que os juros – ainda quando elevados como são os praticados na atual economia brasileira – dificilmente demovem o devedor de sua intenção de não pagar”.¹⁹⁵

Mais dinheiro como forma de coerção para pagar-se dinheiro é inviável e ilógico. Tanto é verdade, que, em relação às dívidas alimentares, axiologicamente mais importantes, o legislador construiu um sistema de execução por coerção indireta valendo-se do mecanismo da prisão civil.

Mas, como já vimos, o legislador dispôs que, para efetivação de decisão antecipatória, aplicam-se as regras relativas à execução provisória (art. 475-O, CPC). E a execução provisória desenvolve-se da mesma forma que a execução definitiva (art. 475-O, *caput*, CPC), malgrado, em virtude da provisoriedade do título em que se funda, exija algumas precauções não impostas àquela.

Dentre elas, encontra-se o art. 475-J, que, de forma inovadora, dispôs que o devedor, condenado ao pagamento de quantia, terá quinze dias para cumprir espontaneamente a sentença, sob pena de o montante da condenação ser acrescido de *multa*

195. *Tutela Relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 470.

no percentual de dez por cento sobre o valor da dívida (art. 475-J, *caput*, CPC)¹⁹⁶. Essa multa – é dito no volume 5 deste *Curso*, em capítulo relativo à “Execução das Obrigações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa Distinta de Dinheiro Fundada em Título Executivo Judicial” – tem dupla finalidade: é punitivo-coercitiva.

É possível imaginar, então, a imposição de *multa fixa* para a efetivação da tutela antecipada.

Por fim, impende ressaltar que existem consequências para o não-cumprimento de providência antecipatória. Cabe, aí, a imposição de sanções penais, processuais e administrativas previstas em nosso sistema, tais como:

“Poder-se-á alvitrar configurado, no comportamento do destinatário renitente, o crime de desobediência capitulado no art. 330 do Código Penal, ou, em se tratando de funcionário público, o delito de prevaricação, de que trata o art. 319 do Estatuto Penal, ou, quem sabe, crime de responsabilidade (CF, art. 85, VII; Dec. Lei n. 201, de 27-2-1967, art. 1º, XIV). Em qualquer de tais casos, no entanto, a sanção seria penal, e, assim, sujeita à própria iniciativa do Ministério Público e de competência de um juiz criminal. Ao juiz civil descabe, a rigor, até mesmo decretar prisão processual; competir-lhe-ia, no máximo, como a qualquer do povo, promover a prisão em flagrante do destinatário da ordem e colocá-lo à disposição de outra autoridade judicial”¹⁹⁷.

Demais disso, a desobediência à ordem judicial pode implicar na incidência da multa do art. 14, parágrafo único (sanção administrativa), e dos arts. 600 e 601 (sanção processual), e dos arts. 17 e 18 (sanção processual), todos do Código de Processo Civil¹⁹⁸.

4.13. Possibilidade de revogação/modificação

Por ser medida provisória – e, pois, precária –, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, por decisão motivada do juiz. É o que dita o art. 273, §4º, CPC.

Exige-se, porém, para que se a possa revogar/modificar, que tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato – a medida é concedida *rebus sic*

196. “Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação”.

197. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 91/92.

198. Sobre o tema, conferir: BRAGA, Paula Sarno. “O inciso V do art. 14 do CPC e a Estipulação de um Novo Dever de Lealdade, que visa assegurar, em Última Análise, a Efetividade dos Provimentos Mandamentais e de Outros Provimentos Judiciais, Antecipatórios e Finais”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 19; BRAGA, Paula Sarno. “O parágrafo único do art. 14 do CPC e a Multa Punitiva Imputada aos Infratores do Dever Processual Previsto no inciso V: um Contempt of Court à Brasileira”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Revista Dialética, 2004, n. 17.

stantibus –, ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos requisitos outrora existente¹⁹⁹.

“As razões que permitem a revogação ou a modificação da tutela, quando não interposto o agravo, são as ‘novas circunstâncias’ – vale dizer, são outras razões, no sentido de razões que não foram apresentadas.

Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou a revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática”²⁰⁰.

Seria o caso, por exemplo, em que o autor pede, de forma antecipada, a retirada do seu nome do SPC, afirmando e provando que pagou a dívida que tinha com o réu. O juiz concede medida antecipatória liminar. Mas o réu, ao contestar, prova que o pagamento demonstrado referiu-se a outra dívida, e não àquela que ensejara a negativação. Imperiosa, nesse caso, a revogação da medida.

A revogação, além de ser imediata, tem eficácia *ex tunc*. Impõe-se, pois, o restabelecimento do estado anterior, que se dará nos próprios autos, como ocorre em qualquer execução provisória a ser desfeita (art. 475-O, II, CPC). Sobre o tema, conferir o capítulo relativo à “Execução Provisória”, no volume 5 deste *Curso*.

“A situação, na hipótese, é semelhante à da revogação, por sentença, das liminares concedidas em mandado de segurança (Súmula 405 STF) ou em ação cautelar, de modo que, com seu advento, a situação fática há de ser recomposta desde logo e de modo integral. As exceções a esse princípio, permitindo que a revogação opere efeitos apenas para o futuro (eficácia *ex nunc*) são raríssimas, e supõem, necessariamente, a salvaguarda de bem jurídico particularmente valorizado pelo sistema constitucional, como é o caso dos alimentos provisionais (...)”²⁰¹.

Tratamento especial deve receber a restituição de benefício previdenciário de natureza alimentar, conforme decisão do STJ. Nos autos do AgRg no REsp 984.135-RS, foi dada decisão, em dezembro de 2007, que dispôs que a devolução de valor percebido a título de majoração de pensão por morte, em execução de tutela antecipada já revogada, deve ser feita considerando a hipossuficiência do segurado e a natureza alimentar da verba, submetidas ao regramento do art. 115, II, da Lei n. 8.213/1991 (que determina a devolução parcelada do pagamento além do devido) e do art. 154, § 3º, do Dec. n. 3.048/1999 (que estipula que, na hipótese de o débito ser originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, devendo cada

199. Com essa visão, MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 194; LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 85; ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, 2 ed., 1999, cit., p. 35/36.

200. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 194.

201. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 99.

parcela corresponder, no máximo, a 30% do valor do benefício em manutenção). Daí concluir o relator que é razoável o desconto de 10% sobre o valor líquido da prestação do benefício, a fim de restituir os valores pagos a mais, decorrente da tutela antecipada posteriormente revogada. Aplica analogicamente o § 3º do art. 154 do Decreto 3.048/99, já citado, considerando, outrossim, a natureza alimentar do benefício e a condição de hipossuficiência do segurado.

Tendo sido concedida a tutela antecipada, se o magistrado vier a julgar *improcedente* a demanda, convém que faça constar expressamente da sentença a revogação da medida, de modo a não deixar dúvidas.

4.14. Recursos

A decisão que concede ou denega tutela antecipada, tendo sido proferida por um juiz singular, é *interlocutória*. O recurso cabível para impugná-la é o *agravo de instrumento* (art. 522, CPC), em razão do risco de dano a que se submete a parte requerida. O agravo retido é incabível, por incompatibilidade²⁰².

Sobre as peculiaridades do *agravo de instrumento* contra decisão que concede ou nega a tutela antecipada, remetemos o leitor às considerações formuladas no capítulo respectivo do v. 3 desta coleção.

Nesse contexto, não nos parece relevante a observação do art. 523, §3º, CPC, de que contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento cabe agravo retido. Ora, acaso se julgue pedido de tutela antecipada em mesa de audiência de instrução e julgamento, essa decisão judicial naturalmente se revestirá de caráter de urgência. Assim, mesmo diante do dispositivo acima citado, havendo urgência, sempre caberá agravo de instrumento, pouco importa o momento em que a decisão foi proferida. O critério de cabimento é circunstancial e, não, cronológico.

Em sendo a antecipação de tutela concedida em sede de sentença, questiona-se qual o recurso cabível para impugná-la. A doutrina diverge sobre o tema.

Há aqueles que dizem que a decisão que antecipa é decisão interlocutória – pouco importa se no bojo de sentença –, devendo ser impugnada por agravo de instrumento. Sustentam que a apelação criaria obstáculo à produção dos efeitos imediatos da decisão antecipatória, pois ela teria efeito suspensivo. É a opinião, por exemplo, de LUIZ GUILHERME MARINONI, JOÃO BATISTA LOPES²⁰³ e PAULO AFONSO BRUM VAZ²⁰⁴.

202. Também assim, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 70.

203. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2001, p. 78.

204. “Antecipação de tutela na sentença e adequação recursal”. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1998, n. 92, p. 196-197.

Segundo MARINONI, “há, materialmente, em um mesmo instrumento, uma decisão interlocutória e uma sentença, a primeira atacável por intermédio de agravo (que deve ser recebido no efeito devolutivo) e a segunda por meio de apelação (que deve ser recebida no efeito apenas devolutivo, por ter confirmado a tutela antecipatória) (...) aquele que deseja de tutela antecipatória necessita de algo imediato, e apenas a decisão interlocutória pode produzir efeitos imediatamente; não a sentença, que tem seus efeitos obstaculizados até eventual decisão que receba o recurso de apelação somente no efeito devolutivo”²⁰⁵.

Há outros que defendem que tudo o que está contido na sentença – inclusive antecipação de tutela – deve ser impugnado por apelação²⁰⁶. Com o acréscimo do inciso VII ao art. 520 do CPC, parece que a questão está resolvida *de lege lata*: cabe apelação sem efeito suspensivo.

Sucede que, não raro, a apelação demora de subir para o tribunal. Como proteger a parte ante uma eventual situação de urgência? Há duas soluções, conforme já anunciamos: *a*) propositura de uma ação cautelar perante o tribunal, com base no art. 800, parágrafo único, CPC, solicitando a providência, mas sob outra roupagem jurídica: de antecipação da tutela recursal ou de concessão de efeito suspensivo à apelação. “Essa cautelar, a bem da verdade, tem nítida função preparatória do êxito da apelação que será julgada oportunamente”²⁰⁷; *b*) ajuizamento de uma *petição simples*, encaminhada diretamente ao tribunal, com a formulação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a ser distribuída livremente e com aptidão para determinar a prevenção do julgador para o processamento da apelação.

A antecipação dos efeitos da tutela concedida em tribunal pode assumir duas feições: *a*) ou é concedida por um membro do tribunal, cuja decisão pode ser impugnada por agravo interno (art. 39, Lei Federal n. 8.038/1990); *b*) ou é concedida por acórdão, contra o qual *não cabe* recurso extraordinário por força do enunciado n. 735 da súmula da jurisprudência predominante do STF, mas *cabe* recurso especial, para discutir os pressupostos do art. 273 do CPC (STJ, 1ª T., REsp n. 816.050/RN, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 28.03.2006, publicado no DJ de 10.04.2006, p. 163).

205. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*, 8 ed., 2004, p. 191 e 192.

206. Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*, 2 ed., 1999, p. 112; BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2004, p. 86. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 372. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*, 5 ed., 2004, p. 93; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 62.

207. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, cit., p. 87.

5. A RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO DA CAUSA (O § 6º DO ART. 273 DO CPC)

5.1. Introdução

O § 6º do art. 273 do CPC tem a seguinte redação: “A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Embora previsto como parágrafo do art. 273, não se trata de regra relacionada à antecipação da tutela, mas, sim, de permissão para decisão *definitiva* sobre parcela do mérito da causa. Antes de apresentar as razões dessa conclusão, convém examinar a origem do dispositivo.

O legislador, ao introduzir o §6º no art. 273, CPC, inspirou-se na obra de LUIZ GUILHERME MARINONI “*Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*”²⁰⁸. Trata-se de obra em que o autor estuda hipóteses de antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa – pensada ainda sob o regime anterior à reforma de 2002. Uma dessas técnicas foi expressamente acolhida, dando origem ao dispositivo ora comentado: a antecipação pela técnica do reconhecimento jurídico parcial do pedido.

Segue a síntese do pensamento do Professor da Universidade do Paraná à época – vez que posteriormente foi alterado.

O reconhecimento jurídico do pedido pode ser total ou parcial: o primeiro impõe a extinção do processo com julgamento do mérito; o segundo, não, supondo a existência de pedido suscetível de fracionamento. Quando parcela do direito não é mais controvertida, qualquer defesa que protelasse a sua realização seria abusiva. A parte só pode esperar para ver realizado o seu direito quando este ainda depender de demonstração em juízo.

Exemplos: a) cobra o autor R\$100,00; o réu reconhece a dívida, mas afirma dever apenas R\$50,00. Pelo sistema tradicional, se haveria de esperar a sentença final para que o réu fosse condenado a pagar aquilo que ele reconhece dever; b) no caso da revisional de aluguel, o locador pede a mudança de 500 para 1000; o réu reconhece que o aluguel deveria ser fixado em 800, já se pode de logo determinar o pagamento desses 800, discutindo-se, apenas, a diferença.

208. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*. 2 ed. São Paulo: RT, 1998, p. 66-105. Pode ser consultada, também com bastante proveito, a obra de Rogéria Dotti Doria, que aborda as diversas nuances do assunto, a despeito de ter sido editada em época anterior à Lei Federal n. 10.444/2001: *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2000, p. 65-104.

Avança-se um pouco mais em relação à tutela antecipada, pois, muito embora seja decisão anterior à sentença, não se trata de tutela fundada em cognição sumária ou em razão de verossimilhança. Há cognição exauriente e juízo de certeza, e “tendo em vista que a tutela não se funda em um juízo de probabilidade, não há razão para se temer a irreversibilidade”²⁰⁹. Cuida-se de uma decisão interlocutória apta à coisa julgada material e que, por isso mesmo, pode ser executada definitivamente.

LUIZ GUILHERME MARINONI denomina de tutela antecipada fundada em cognição exauriente.

Nessa mesma linha de raciocínio – tutela antecipada fundada em cognição exauriente –, defendia o ilustre professor a possibilidade de decisão antecipatória final através do julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados²¹⁰. Trata-se de outra técnica de tutela antecipada que, embora não acolhida expressamente, pode ser aplicada sem maiores problemas²¹¹. Vejamos.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor já puder ser apreciado – sem necessidade produção de provas em audiência, segundo as hipóteses do art. 330 do CPC –, nada justifica que esta apreciação não seja feita de logo, apenas porque haveria de esperar-se a instrução do outro pedido formulado²¹². Se entre eles não houver qualquer vínculo (cumulação simples de pedidos), realmente não há sentido exigir-se, necessariamente, o julgamento simultâneo. Uma fruta já madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida.

WILSON ALVES DE SOUZA identificou a possibilidade lógica do julgamento (*recursus*: resolução) parcial da causa, nas hipóteses de cumulação de pedidos, como requisito a ser atendido para fim de aplicação do novel dispositivo normativo. Eis as suas lições:

“Com efeito, quando se tratar de cumulação simples não existe qualquer problema, exatamente porque entre eles inexistente conexão objetiva, vez que a lei só

209. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, 2 ed., 1998, p. 104.

210. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, 2 ed., 1998, p. 141-164.

211. Neste sentido, também Wilson Alves de Souza, para quem “não se deve limitar o verdadeiro sentido da norma”. (“*Tutela antecipada: incontrovérsia parcial*”. In: *A segunda etapa da reforma processual*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 57).

212. Há, no CPC italiano, dispositivo semelhante, previsto no art. 277, que permite a imediata definição de direitos que independem de ulterior instrução. Confira-se o dispositivo: “Art. 277. Pronuncia sul merito. [1] Il Collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio. [2] Tuttavia il Collegio, anche quando il giudice istruttore gli ha rimesso la causa a norma dell’art. 187 primo comma, può limitare la decisione ad alcune domande, se riconosce che per esse soltanto non sia necessaria un’ulteriore istruzione, e se la loro sollecita definizione è di interesse apprezzabile per la parte che ne ha fatto istanza”.

exige conexão subjetiva (cf. CPC, art. 292). Na cumulação sucessiva um pedido é prejudicial do outro ou outros, de modo que julgada a causa prejudicial em determinada direção o juiz deve rejeitar o pedido ou pedidos prejudicados. Assim, p. ex., cumulados os pedidos de declaração de paternidade, alimentos e petição de herança se rejeitado o primeiro, rejeitados estarão os demais; se acolhido o primeiro, os demais poderão ser acolhidos ou rejeitados. Deste modo, não há como se falar em julgamento parcial na hipótese. Mas, em tese (não serve o exemplo ora dado para quem entende que o direito de reconhecer a paternidade é disponível), é possível o reconhecimento do pedido prejudicial e o não reconhecimento do pedido atinente à causa prejudicada. Assim, p. ex., se possível o reconhecimento do pedido no exemplo dado, o réu pode reconhecer o pedido de paternidade, mas não o de alimentos, ou reconhecer ambos, mas não reconhecer o pedido de herança. No caso de cumulação alternativa é logicamente impossível o julgamento parcial da causa. É que, no caso, fala-se em cumulação de pedidos por força de expressão, ou seja, faz-se dois ou mais pedidos, mas só um poderá ser tutelado, observando-se a ordem sucessiva posta na inicial. Se o autor pede *a* ou *b*, e o réu reconhece o pedido *a* o caso é de julgamento final. Se reconhece apenas o pedido *b* é necessário ouvir o autor para dizer se insiste com o pedido *a* ou concorda com o reconhecimento, caso em que também haverá julgamento final, e assim sucessivamente, se existirem outros pedidos subsidiários”²¹³.

Nestas hipóteses também não há tutela provisória, porquanto não seja urgente ou fundada em cognição sumária.

Se é possível a realização antecipada de um direito que se afigura apenas provável (art. 273, CPC), seria uma gritante contradição não admitir a antecipação, mediante cognição exauriente, do julgamento de um dos pedidos cumulados²¹⁴.

Em obra mais recente, LUIZ GUILHERME MARINONI, o idealizador do instituto, comentando o art. 273, §6º, CPC, mudou de posicionamento, concluindo que a natureza jurídica do instituto em comento é de tutela antecipatória parcial:

“Quando escrevemos, há aproximadamente dez anos ‘Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença’, propusemos que o julgamento antecipado de parcela do pedido fosse pensado na perspectiva do julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330 do Código de Processo Civil, e assim produzisse coisa julgada material. Acontece que o Poder Legislativo, ainda que por razões não merecedoras de elogios, entendeu por bem tratar do julgamento parcial como tutela antecipatória parcial, inserindo sua previsão no §6º do art. 273 exatamente para subordiná-lo à possibilidade de sua revogação ou modificação, nos termos do §4º do mesmo artigo”.

213. SOUZA, Wilson Alves de. “Tutela antecipada: incontrovérsia parcial”. In: A segunda etapa da reforma processual. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 62-62.

214. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*. 2 ed., 1998, p. 162.

Para o autor, foi o próprio legislador que conferiu ao instituto a natureza de tutela antecipada parcial, dotada do atributo da precariedade. E para o autor, a tutela antecipada parcial pode ser revogada ou modificada se ausente uma das condições da ação – que antes o julgador entendeu presente – e, “em caso de contestação da parcela antecipada, poderá revogá-la ou modificá-la com base em fatos novos”²¹⁵.

5.2. Natureza jurídica: resolução parcial do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela

A mais importante observação que se deve fazer sobre §6º do art. 273 diz respeito à sua natureza jurídica: não se trata de tutela antecipada, mas, sim, de resolução parcial da lide (mérito). A topografia do instituto está equivocada.

Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução judicial definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material²¹⁶. E, por ser definitiva, desgarrar-se da parte da demanda que resta a ser julgada, tornando-se decisão absolutamente autônoma: o magistrado

-
215. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 366 e 367. Também parecendo entender tratar-se de antecipação de tutela parcial, Arruda Alvim (Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei n. 10.444, de maio de 2002. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10.
216. Assim, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, cit., p. 76-77; _____. “Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, Gênese, 2004, n. 31, p. 22-27; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. “O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 1, p. 109-126, abr. 2003; DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 129-136; FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção ‘imprópria’ do processo e recurso cabível”. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233-242; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 92-96; PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3, p. 71-72; SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. “Antecipação da Tutela na Reforma do CPC (Lei n.º 10.444/02)”. *Revista Dialética de Processo Civil*. São Paulo, 2004, n. 12, p. 139-153; SOUZA, Wilson Alves de. “Tutela antecipada em caso de incontrovérsia parcial da demanda – Breves comentários à proposta do Poder Executivo de alteração do § 1º do art. 273 do Código de Processo Civil”, in *A segunda etapa da reforma processual civil*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49-65; ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A resolução parcial de mérito e a coisa julgada progressiva: reflexos no sistema processual como forma de assegurar a brevidade da prestação jurisdicional*. Tese de doutoramento. Belém: Universidade Federal do Pará, 2006; CALEFFI, Patrícia. *A resolução parcial do mérito: análise crítica do § 6º do art. 273 do CPC*. Monografia apresentada para a conclusão do curso de graduação em Direito da UFBA. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2005; BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *Antecipação de tutela ou resolução parcial do mérito? Natureza jurídica da decisão lastreada no § 6º do art. 273 do CPC*. Dissertação de mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2006.

não precisa confirmá-la em decisão futura, que somente poderá examinar o que ainda não tiver sido apreciado²¹⁷.

Esta decisão futura (possivelmente uma sentença) sequer precisa ser de mérito. Pode o magistrado, por exemplo, não examinar a parte restante do mérito e, nem por isso, a resolução parcial restaria prejudicada, necessariamente. É que se não tiver havido recurso da decisão que fracionou o julgamento, haverá coisa julgada, que somente poderá ser desconsiderada via ação rescisória. Frise-se, mais uma vez: são duas (ou mais) decisões de igual porte (a que fracionou e a final), sem qualquer distinção ontológica nem vínculo de subordinação, distinguindo-se tão-só na qualificação jurídica como ato do juiz (sentença ou decisão interlocutória), cuja finalidade é eminentemente prática: revelar o recurso cabível.

O alerta é fundamental. Trata-se de alteração legislativa que somente atingirá os almejados resultados se os operadores do direito atentarem para este erro topográfico e passarem a aplicar o instituto de acordo com a sua finalidade: fracionar a resolução do mérito²¹⁸.

Como não se trata de tutela antecipada, a ele não se aplicam os pressupostos da tutela antecipada: prova inequívoca, verossimilhança das alegações, fundado receio de dano, abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório e, principalmente, o perigo da irreversibilidade, necessidade de requerimento da

217. Convém rever a lição de Marinoni, dita antes de sua mudança de pensamento: “Registre-se, por fim, que a tutela antecipatória, nos casos ora estudados, não precisa ser confirmada pela sentença e conserva a sua eficácia mesmo após a extinção do processo. É preciso que se tenha em mente que o processo prossegue, após a tutela antecipatória, apenas para averiguar a existência do direito que não foi definido”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, 2 ed., 1998, p. 105) Em sentido contrário, para quem há necessidade de confirmação posterior, Athos Carneiro, *Da antecipação de tutela*, 5 ed., cit., p. 54.

218. Dinamarco também apontou essa circunstância, afirmando que o legislador deveria ter ousado mais, permitindo expressamente o julgamento antecipado parcial (*A reforma da reforma*, p. 96). Afirma, ainda, que o atual §6º. do art. 273 abriu caminho para a “desmitificação do dogma da unidade do julgamento do mérito”. Acreditamos, entretanto, que o legislador já o permitiu, não se podendo considerar o caráter topográfico como elemento definitivo para desfigurar o instituto criado. Na mesma linha de pensamento que Dinamarco, encontra-se Bedaque: “A solução do legislador é ainda muito tímida. Como a falta de impugnação específica gera consequências semelhantes às da revelia (CPC, art. 302), deveria haver permissão para que, em relação ao pedido incontroverso, houvesse verdadeiro julgamento antecipado, nos moldes do art. 330. Teríamos hipótese de decisão interlocutória de mérito, perfeitamente compatível com o sistema processual, que define os atos decisórios não pelo conteúdo, mas pelos efeitos gerados no processo (art. 262). Nenhum óbice existe, portanto, ao julgamento antecipado parcial, o que dotaria a decisão de definitividade, apta ao trânsito em julgado. O processo continuaria seu curso, apenas para exame e julgamento da parte controvertida. Simples antecipação de efeitos, todavia, não gera resultado definitivo, pois nada obsta que o juiz, durante a instrução, entenda inexistente o direito, embora incontestada a afirmação do autor” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias de Urgência*, 3 ed., 2003, p. 332).

parte²¹⁹. Não se trata de tutela de urgência, muito menos provisória²²⁰. Os únicos requisitos para a sua aplicação são: a) a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou de parcela dele. Isto é importantíssimo.

Como não haverá encerramento de toda atividade jurisdicional de conhecimento em primeira instância – pois sobejará a parcela do mérito ainda não decidida –, a decisão em tela será interlocutória²²¹, embora de mérito (ver o capítulo sobre teoria da decisão, em que se examina o entendimento que defende tratar-se o caso de uma *sentença parcial*). *Sentença parcial* ou *decisão interlocutória*, o certo é que se trata de decisão *definitiva*.

O magistrado decide parte do objeto do processo (mérito) definitivamente, encerrando, em relação a essa parcela, a sua atividade jurisdicional cognitiva.

Para que o juiz possa decidir parte do objeto do processo, é necessário que ele seja composto ou decomponível. Aqui, insuperável é a lição de CÂNDIDO DINAMARCO:

“...diz-se composto o objeto do processo quando é representado por pretensões autônomas reunidas, como nos casos (a) de uma demanda de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização, (b) de um pedido inicial do autor e uma reconvenção, (c) de um pedido do autor e um pedido contraposto deduzido pelo réu (art. 278, §1º, art. 922 etc.), (d) de um pedido do autor e uma oposição do terceiro interveniente etc. Ele é decomponível nas hipóteses de pretensão a coisas fungíveis (dinheiro etc.) porque a instrução poder revelar ao juiz que o autor tem parte do direito que alega, mas não direito a tudo quanto pede: se peço 100 e o juiz se convence de que tenho direito somente a 80, isso levá-lo-á a decompor o objeto desse

219. Embora não defenda tratar-se o caso de verdadeira resolução parcial do mérito, Cândido Dinamarco afirma que não se lhe aplicam os requisitos do perigo da demora (art. 273, I) e o da reversibilidade dos efeitos (*A reforma da reforma*, p. 96-97). Ora, os requisitos da antecipação não são aplicáveis à resolução parcial pois os institutos são diversos; o que não é igual é diferente e, pois, merece tratamento também diferente. A opinião do mestre das Arcadas, portanto, serve-nos de arrimo para a conclusão que ora defendemos.
220. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery parecem entender tratar-se de decisão provisória, com argumentos com os quais não podemos concordar, embora reconheçam que a decisão: a) faz coisa julgada; b) se trata de título executivo judicial; c) se trata de situação ontologicamente equiparável ao reconhecimento jurídico parcial do pedido. (*Código de Processo civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2001, nota 20 ao art. 273, p. 733.) Athos Gusmão Carneiro, também com entendimento diverso, entende tratar-se de hipótese de tutela antecipada, nas seguintes palavras: “(...) entendemos que a melhor solução, pelo menos na aguarda de novidades legislativas (que pessoalmente não creio oportunas), será manter sob o caráter de antecipação propriamente dita a AT das parcelas ou pedidos não contestados, portanto sem a formação de coisa julgada, subsistindo a possibilidade de sua alteração ou revogação na pendência da demanda. A decisão interlocutória será confirmada, ou não, na sentença a ser prolatada após o contraditório pleno” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 5 ed., cit., p. 64).
221. Partilhando desse posicionamento. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

processo, para julgar procedente minha pretensão quanto aos 80 e improcedente quanto aos outros 20”;²²²

E mais.

Defender a tese de que se trata este §6º de simples hipótese de antecipação da tutela é retirar-lhe qualquer utilidade. Se o art. 273 prevê uma tutela antecipada atípica, genérica, inominada, bastando o preenchimento dos seus requisitos, qual seria a utilidade de o legislador dizer que, quando parte do pedido é incontroverso, seria possível a antecipação da tutela? Se apenas se tratasse de uma decisão provisória, essa menção seria ociosa, pois a situação em análise enquadrar-se-ia, à perfeição, à hipótese de abuso do direito de defesa (inciso II) – realmente, a permanência da defesa do réu, no caso, seria manifestamente abusiva, em razão da incontrovérsia.

Em síntese: a decisão que aplicar o §6º do art. 273 é uma decisão interlocutória que versa sobre parte do mérito, definitiva, fundada em cognição exauriente (juízo de certeza, não de verossimilhança), apta a ficar imune pela coisa julgada material e passível de execução também definitiva.

5.3. Nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo

Trata-se, na verdade, de mais uma modalidade de “julgamento conforme o estado do processo” (arts. 329-331, CPC). Eis a sua topografia ideal.

Após cumpridas as providências preliminares (arts. 323-327), ou não havendo necessidade delas, o magistrado examinará o processo para que tome uma dessas decisões: a) extingue-o sem resolução de mérito (art. 267 c/c o art. 329, CPC); b) extingue-o com resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 269, II, III e V, c/c o art. 329, CPC); c) extingue-o com resolução do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 269, IV, c/c o art. 329, CPC); d) julga antecipadamente a causa (art. 330, CPC); e) resolve parcialmente o mérito, seja em razão de autocomposição parcial, seja porque é possível o julgamento antecipado parcial (art. 273, §6º, CPC); f) marca audiência preliminar de conciliação (art. 331, CPC); g) não sendo o caso de audiência preliminar, determina imediatamente a realização da audiência de instrução e julgamento, proferindo o chamado “despacho saneador”, e ordenando o processo para a fase probatória (art. 331, §2º, CPC).

222. *A reforma da reforma*, p. 101.

5.4. A incontrovérsia

Prescreve o dispositivo comentado que é possível a resolução parcial do mérito quando houver incontrovérsia de um pedido ou de parcela dele.

A controvérsia das partes pode dar-se no plano do direito e/ou no plano dos fatos; o que também acontece, por suposto, com a incontrovérsia.

A incontrovérsia ora examinada não é aquela a que se refere o art. 334, III, CPC, que diz respeito apenas aos fatos e tem por efeito jurídico a dispensa da prova²²³. Trata-se, aqui, de incontrovérsia quanto ao objeto do processo – consequências jurídicas desejadas pelo demandante; concluem os litigantes que, ao menos parte, aquilo que se pretende (pedido/mérito) tem fundamento e, por isso, deve ser acolhido.

Esta incontrovérsia parcial da procedência da demanda pode surgir nas situações em que há autocomposição em relação a parcela do pedido: reconhecimento jurídico do pedido, transação ou renúncia ao direito parciais (art. 269, II, III e V, CPC).²²⁴ É situação muito comum nas demandas dúplices, em que se pretende, por exemplo, o acerto do valor de dívida pecuniária, quando normalmente há um mínimo consensualmente aceito como devido.

Como também defendemos a possibilidade de resolução parcial do mérito nas hipóteses do julgamento antecipado (art. 330, CPC), acreditamos ser possível a aplicação do multicitado parágrafo: *a*) quando, havendo confissão ficta decorrente da revelia, contestação genérica ou confissão total (incontrovérsia fática)²²⁵, puder o magistrado decidir de logo parte do mérito, mesmo que a outra ainda dependa de instrução (art. 324 c/c arts. 302, 320 e 351, todos do CPC); *b*) quando um dos pedidos já puder ser julgado, mesmo havendo controvérsia fática, pois não há necessidade de produção de provas em audiência.

Entre essas duas situações possíveis de “incontrovérsia”, há uma pequena diferença procedimental. Embora em ambas hipóteses possa o magistrado aplicar o dispositivo legal *ex officio*, sem necessidade da provocação da parte (imposição na tutela antecipada: *caput* do art. 273), na incontrovérsia por autocomposição,

223. Não concordamos, *data venia*, com Cândido Dinamarco, *Reforma da reforma*, 2002, p. 95-96.

224. Cândido Dinamarco tem uma visão bem singular do problema. Embora admita plenamente a possibilidade de solução parcial da causa, com a homologação de autocomposição parcial, afirma “que essas situações não fazem parte das hipóteses consideradas no §6º do art. 273 nem sua solução se rege por esse dispositivo”. (*A reforma da reforma*, 2002, p. 99) É que o autor defende que a incontrovérsia em questão diz respeito aos fatos, tese com a qual absolutamente não concordamos.

225. Também assim, Wilson Alves de Souza, “Tutela antecipada: incontrovérsia parcial”. In: *A segunda etapa da reforma processual*. Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr. (coords.). São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p. 55.

despicienda é a intimação prévia das partes para que se possa resolver o mérito parcialmente, exatamente por se tratar de solução autocomposta. Já na resolução parcial por julgamento antecipado é necessária a prévia intimação das partes, para que tomem conhecimento da abreviação da rota procedimental, com a dispensa, em relação àquela parcela da demanda, da fase de produção de provas em audiência. Trata-se de exigência da garantia do contraditório.

5.5. Grau de cognição e aptidão para a coisa julgada material

Conforme já acentuado, a decisão judicial que aplicar o §6º do art. 273 e, assim, resolver parcialmente o mérito da causa, será tomada com base em cognição exauriente e, portanto, estará apta a ser imunizada com o manto da coisa julgada material.

“Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. (...) Se o julgamento ocorre quando não faltam provas para a elucidação da matéria fática, não há juízo de probabilidade, mas sim juízo capaz de permitir a declaração da existência do direito e a consequente produção de coisa julgada material”²²⁶.

Trata-se, também aqui, de observação fundamental, para que se não confunda a *resolução parcial do mérito* com a *antecipação da tutela*, esta fundada em cognição sumária e, pois, sem aptidão para a produção da coisa julgada.

5.6. Recursos e ordem do processo no tribunal

Conforme exaustivamente demonstrado, a aplicação do §6º do art. 273, CPC, dar-se-á, em primeira instância, pela via da decisão interlocutória (art. 162, §2º, CPC). Assim, o recurso cabível será o agravo.

Seria agravo retido ou agravo de instrumento?

De acordo com a redação dada ao art. 522 pela Lei n. 11.187/2005, contra decisão interlocutória, de primeira instância, em regra, cabe agravo retido. Somente caberá agravo de instrumento: *i)* quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação (art. 522, redação da Lei 11.187/2005); *ii)* nos casos previstos em lei, como nos casos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522, redação da Lei 11.187/2005)²²⁷, contra decisão que julgar liquidação de sentença (art. 475-III), contra decisão que admitiu petição inicial em ação de improbidade administrativa (Lei 8429/1992);

226. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, 2 ed., 1998, p. 147. Também neste sentido, BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 55.

227. São casos em que, ainda que não tivesse previsão legal, deveriam ser considerados implícitos, por serem incompatíveis com o regime do agravo retido.

iii) há casos, ainda, em que o manejo de agravo retido é inadequado, inapropriado, tal como quando se está diante de decisão interlocutória sobre questões incidentes absolutamente estranhas ao objeto do processo – pois sua decisão não afetará a decisão do futuro objeto do processo –, cuja solução é definitiva, independente de confirmação posterior, como exclusão de litisconsorte, indeferimento parcial da petição inicial, dentre outras situações de incompatibilidade. Sobre o tema, conferir o volume 3 deste curso.

Contra decisão que resolva parcialmente o mérito da causa cabe agravo de instrumento, porquanto o manejo do agravo retido seja inadequado para a impugnação desta decisão. Isso porque a solução desta parte do mérito é totalmente independente da solução do restante, e sua solução é definitiva e não demanda confirmação posterior.

Quando a resolução parcial se der em razão da autocomposição, fica difícil imaginar como poderá uma parte recorrer, se o ato que deu causa à decisão judicial recorrida foi também de sua autoria – cabe lembrar que para o recurso ser conhecido é necessário que inexistam fatos extintivos do direito de recorrer, de que servem de exemplo exatamente as hipóteses de conciliação judicial. Nestes casos, pode-se admitir o recurso quando a parte questionar a regularidade da homologação: p. ex., seu advogado não tinha poderes especiais para tanto (art. 38, CPC)²²⁸.

É possível, no entanto, que a resolução parcial do mérito seja feita por relator, em tribunal, em recurso, causa de competência originária ou remessa necessária. Nesta hipótese, o recurso cabível contra essa decisão será o agravo interno (art. 39 da Lei Federal n. 8.038/1990), dirigido ao colegiado a que pertence o relator, competente para julgar a causa, recurso ou remessa. Também caberá agravo interno contra a decisão do relator que negar a resolução parcial eventualmente requerida.

Como se trata de agravo contra decisão de mérito, algumas dúvidas podem surgir: a) serão cabíveis os embargos infringentes, quando o acórdão que o julgar for não-unânime?; b) caberá sustentação oral?; c) haverá de ser nomeado revisor para o julgamento deste agravo?

Pensamos que são cabíveis os embargos infringentes, quando o acórdão não-unânime, que julgar o agravo interposto contra a decisão que resolver parcialmente o mérito, reformar essa decisão; se o acórdão confirmá-la, mesmo sendo plurânime, não caberão os embargos infringentes, por força do novo regramento previsto no

228. Observa Adroaldo Furtado Fabrício: “...a homologação judicial não é mecânica e obrigatória. Com efeito, mesmo sem ingressar no exame da substância do ato compositivo, da sua justeza e da sua conformidade ao direito objetivo material, exerce o juiz controle sobre o ato das partes ou da parte, no que diz com seus aspectos exteriores e formais. Assim, a homologação pode ser negada por tratar-se de direito indisponível [*rectius*: inconciliável], ou porque a alguma das partes faltava capacidade para o ato de disposição, ou por não se haver atendido determinado requisito de forma, quando imperativamente exigido para a espécie”. (Extinção do processo e mérito da causa. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22).

art. 530, CPC. O cabimento de embargos infringentes em julgamento de agravo que verse sobre o mérito – embora em dissonância com a literalidade do mencionado art. 530 – tem sido admitido amplamente na jurisprudência e na doutrina, como se constata do enunciado 255 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça: “*Cabem embargos infringentes contra acórdão, proferido por maioria, em agravo retido, quando se tratar de matéria de mérito*”.

O art. 554, CPC, expressamente não permite a sustentação oral em julgamento de agravo. Embora o texto normativo diga o contrário, entendemos permitida a sustentação oral no julgamento do agravo contra a decisão que resolveu parte do mérito, pela identidade de *ratio* com a situação que levou a uma interpretação elástica do cabimento dos embargos infringentes, para se os admitir contra os acórdãos não-unânicos proferidos nestas situações.

Pelas mesmas razões, entendemos que, neste agravo, será necessária a presença do revisor, embora o CPC apenas o preveja para o julgamento de apelação, embargos infringentes ou ação rescisória (art. 551, CPC).

5.7. Execução definitiva

Também já foi visto que a decisão que resolve parcialmente a lide, acaso transite em julgado, pode ser executada definitivamente. Não se lhe aplica o regramento da execução provisória previsto no §3º do art. 273, c/c o art. 475-O, ambos do CPC.

Certo que a execução da decisão que resolver parcialmente a lide é definitiva, resta examinarmos o modo pelo qual ela deve ser promovida, tendo em vista a dificuldade prática de tratar-se de uma decisão interlocutória. Aliada a esta dificuldade operacional, a absoluta ausência de tratamento normativo também cria embaraços à solução do problema²²⁹.

À semelhança do que ocorre no atual regramento da execução provisória, o credor-exequente deverá formular seu requerimento por meio de petição escrita, devidamente instruída com documentos e cópias de peças dos autos principais (art. 475-O, §3º), que sejam necessários para o desenvolvimento da atividade executiva. Convém autuação separada desta documentação.

Essas cópias não precisam ser autenticadas pelo escrivão ou tabelião. É suficiente que o advogado do credor as declare autênticas sob sua responsabilidade pessoal (art. 475, § 3º, CPC).

229. Nosso Código foi estruturado para a execução de sentenças, e não somente delas, olvidando as rotineiras situações em que é possível a execução de uma decisão interlocutória.

6. A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

6.1. Generalidades

Logo que editada a lei instituidora da antecipação genérica dos efeitos da tutela, intensa discussão doutrinária surgiu sobre a possibilidade de se anteciparem efeitos da tutela de mérito contra a Fazenda Pública.

Aqueles que defendiam o *não-cabimento* arguíam que: *i)* o *reexame necessário* seria um obstáculo à admissibilidade de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, pois se a sentença final contra a Fazenda só pode produzir efeitos depois de confirmada pelo tribunal (através da remessa necessária), uma decisão antecipatória, meramente interlocutória, jamais poderia produzir efeitos imediatamente; *ii)* também o regime de pagamentos em dinheiro da Fazenda Pública, pela via dos *precatórios* (art. 100, CF), seria um óbice à antecipação dos efeitos da tutela, pois impediria a satisfação imediata das obrigações pecuniárias; *iii)* por fim, com o advento da Lei n. 8.952/1994, que ordinariizou a tutela antecipada, dizia-se que, a Lei 8.437/1992, art. 1º, §3º, ao vedar o cabimento das “cautelares satisfativas” contra a Fazenda, estaria vedando a própria tutela antecipada.

Desde sempre os argumentos apresentados por aqueles que a proibiam se mostravam um tanto equivocados – muito possivelmente pela dificuldade de extremar as noções de tutela antecipatória e tutela cautelar e observar que o ordenamento já previa, em face do Poder Público, a possibilidade de tutela antecipatória, como servem de exemplo as decisões em mandado de segurança e ação civil pública.

JOÃO BATISTA LOPES acrescenta outro argumento e, de pronto, o rebate: “Dir-se-á que a presunção de legitimidade do ato administrativo e sua auto-executoriedade constituem óbice à antecipação da medida. O argumento é desvalioso porque sobredita presunção não é absoluta e deve ceder ante prova inequívoca (*retius*, prova segura) em sentido contrário”²³⁰.

RENATO LUIS BENUCCI²³¹ também enumera outros óbices trazidos à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, e já os rejeita de plano. Diz-se que não haveria que se falar em receio de dano em face do Poder Público, pois o Estado sempre poderá arcar com os débitos decorrentes de condenação em juízo, sendo desnecessária a tutela antecipada. O argumento é equivocado porque nem sempre o Estado será demandado por direito patrimonial, relativo a prestação de pagar quantia certa, isso sem falar nos casos em que o direito patrimonial é conexo a um outro extrapatrimonial. Argui-se, ainda, a inviabilidade de antecipação de tutela punitiva, pois dificilmente os procuradores do Estado incorrem em abusos e deslealdades

230. LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*, 2001, p. 99.

231. BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67 ss.

processuais. Têm suas atividades norteadas pelas máximas da moralidade e legalidade, bem como pelos deveres da veracidade e probidade. Não é bem assim. Basta cogitar, como diz o autor, da interposição de recursos contrários à súmula do tribunal superior. Pensar o contrário seria anuir com abusos e excessos cometidos pela Fazenda em juízo, protelando o processo.²³²

E nenhum outro argumento dificilmente vingará, pois, como pontua EDUARDO TALAMINI, não existem óbices sistemáticos, inerentes aos princípios que compõem o regime de direito público, à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Autorizam-na os mesmos fundamentos invocados para qualquer outra situação. “Os mesmos pressupostos, riscos e limites gerais podem igualmente estar presentes”.²³³

Embora a polêmica sobre a admissibilidade da tutela antecipatória contra o Poder Público conserve alguma relevância histórica, nos últimos anos, ela perdeu a importância.

Parece não haver mais discussão sobre a *possibilidade* de antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, até mesmo porque existe uma lei que a disciplina (Lei Federal n. 9.494/1997).

Em princípio, como corolário do direito fundamental do acesso à justiça, a antecipação da tutela haveria de ser disciplinada pelas leis infraconstitucionais. E o foi. A Lei Federal n. 9.494/1997 regulou a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, proibindo-a em certos casos. Se uma lei veio regulá-la é porque a antecipação é possível; e só não o será nas hipóteses por ela previstas. Demais disso, merece leitura a ementa do mencionado veículo normativo: “Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública...”. Não há mais, de fato, o que se discutir.²³⁴

A questão, agora, é saber em quais circunstâncias ela é cabível.

Conforme bem explana LUIZ GUILHERME MARINONI: “Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de ‘fundado receio de

232. Talamini relembra que, no caso de tutela antecipada punitiva, também há choque de valores – ainda que não tão relevantes –, razão por que sua aplicação à esfera pública demanda ponderação com base no princípio da proporcionalidade, tal como em todas as outras situações doravante analisadas – conclusão a que chegamos ao fim deste capítulo (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 152, p. 59).

233. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 43.

234. Ora, se é vedada a antecipação da tutela contra o Poder Público nos casos previstos na Lei nº 9.494/1997, significa que, nas hipóteses não alcançadas pela vedação, resulta plenamente possível deferir a tutela antecipada em face da Fazenda Pública. Cabível, portanto, com as ressalvas da Lei nº 9.494/1997, a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed., São Paulo: Dialética, 2007, n. 11.2, p. 221-222).

dano' é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré"²³⁵.

Convém, ainda assim, demonstrar o descabimento daqueles argumentos contrários à antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público.

A necessidade do *precatório para o pagamento de quantia* não pode servir como empecilho para a admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Na pior das hipóteses, a decisão antecipatória já colocaria a parte vitoriosa na "fila de espera" para a sua expedição, cujo procedimento findaria com o depósito judicial da quantia, que somente poderia ser levantada em caso de procedência definitiva da demanda.

Em matéria tributária, ademais, só se imaginaria o problema dos precatórios nas hipóteses de repetição de indébito — em demandas cujo objetivo seja a suspensão da cobrança, não se cogita do precatório —, para as quais de logo manifestamos nosso entendimento pela plena admissibilidade.

Como bem salienta o professor HUGO DE BRITO MACHADO, o cidadão há que ser poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública²³⁶.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO enumera mais dois argumentos: a) inexistência de qualquer dano para a Fazenda Pública, na mera instrumentação da execução; b) a incrivelmente lenta execução contra o Estado, a servir como verdadeiro obstáculo para a concretização do acesso à justiça²³⁷.

O mesmo autor, em obra mais recente, defende que, para o cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a única exigência é o preenchimento dos pressupostos legais do art. 273, CPC. E, contra o argumento do art. 100, CF, traz mais colocações: i) "se a tutela antecipada significa emprestar efeitos *antes* do tempo, pode ser que alguém já fique satisfeito em ver o precatório expedido *antes* do tempo"; ii) "para aqueles casos de urgência 'urgentíssima', o *tempo* inerente ao processamento do precatório não pode ser óbice à antecipação de tutela propriamente dita, mas, muito diferentemente, será uma forma de modificação dos meios de concretização da medida em desfavor da Fazenda. Ademais, o mandado de segurança e sua liminar sempre lidaram muito bem com essa situação. E nunca se cogitou de precatório para que ordem de pagamento em mandado de segurança, liminar ou final, fosse concretizada"; iii) "(...) nem toda pretensão exercitável em face da Fazenda pode ser

235. *A Antecipação da tutela*, 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., p. 211.

236. "Tutela Jurisdicional na Repetição do Indébito Tributário". *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1995, n. 05, p. 46. Também assim, CARNEIRO, Athos Gusmão. *Antecipação de Tutela*, 5 ed, cit., p. 102 e 103.

237. "Tutela Antecipada e Ações contra o Poder Público (reflexão quanto a seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo)". *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1997, p. 37-100.

reduzida em dinheiro (pedido condenatório em sentido estrito), por isso o precatório não é a única forma de concretizar comandos jurisdicionais contra a Fazenda”.²³⁸

A rigor, o problema dos precatórios só diz respeito às demandas condenatórias a uma prestação de pagar quantia – espécie executiva em que a Fazenda goza de prerrogativas procedimentais. Quanto às demais prestações (fazer, não-fazer e entregar coisa) não há qualquer diferença no formalismo processual²³⁹.

E não há, por óbvio, somente demandas condenatórias contra a Fazenda Pública, sendo plenamente admissíveis as meramente declaratórias e constitutivas, cujos efeitos podem ser perfeitamente antecipados.

Constata-se, assim, que um dos grandes defeitos na análise do problema é a redução da discussão às ações pecuniárias contra o Poder Público (a que se aplica o regime do precatório), olvidando-se as demais demandas (condenatórias, declaratórias e constitutivas), nas quais não existe, *a priori*, nenhum tratamento legislativo diferenciado em relação aos entes públicos.

Ademais, há dívidas pecuniárias do Poder Público, oriundas de decisão judicial, que não se submetem ao regime dos precatórios: *a)* as dívidas de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF/88); *b)* os créditos provenientes de sentença de mandado de segurança, relacionados a parcelas vencidas após o ajuizamento da ação (§ 4º do art. 14 da Lei Federal n. 12.016/2009)²⁴⁰; *c)* dívidas contratuais (só há contratação com o Poder Público se houver previsão orçamentária para tanto, sendo precedida a execução contratual de fornecimento ao contratado de uma nota de empenho, em que parcela do orçamento já está “empenhada” para o cumprimento da obrigação) ou já previstas no orçamento, como as dívidas salariais: se o sistema de precatório é uma técnica criada para que o Poder Público programe-se para adimplir uma dívida inicialmente não prevista, não há justificativa constitucional para que uma sentença que determine o pagamento de salário, por exemplo, ou o cumprimento de uma obrigação contratual, em valor já empenhado, ambas as dívidas já previstas no orçamento, se submeta ao sistema de precatórios²⁴¹.

Também não se justifica o argumento da imposição do *reexame obrigatório* das decisões proferidas contra o Poder Público (art. 475, CPC).

238. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 137.

239. Também assim, TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 45.

240. O “mandado de segurança, através de liminar, muitas vezes de cunho antecipatório, acaba por produzir, em face da pessoa de direito público, um efeito semelhante ao da antecipação de tutela do art. 273. Por que tratar diferentemente situações substancialmente iguais?” (ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*, 2001, p. 195.)

241. Sobre o tema, ver interessantíssimo ensaio: MEIRELES, Edilton. “Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 95, p. 61-80.

Em primeiro lugar, não há que se aplicar a norma, na medida em que o duplo grau obrigatório só se refere às sentenças e a tutela antecipada é concedida por meio de decisão interlocutória.²⁴²

Em segundo lugar, já se demonstrou que a tutela antecipada não é novidade em nosso ordenamento – já havia previsão em alguns procedimentos especiais. Sempre se a admitiu, portanto, em face da Fazenda Pública, naquelas situações esparsas (possessórias²⁴³, mandado de segurança etc.), sem que se levantasse o óbice da remessa necessária – ao contrário, inúmeras foram as leis e inúmeros foram os institutos criados para mitigar as consequências das medidas provisórias nestas circunstâncias. O novo está na circunstância de, agora, a medida poder ser concedida para a generalidade dos direitos. E, com isso, traz-se à baila tal argumento, sem que a lei, no particular do art. 273, CPC, fizesse qualquer restrição a respeito.

Como pontua MARCELO ANNUNZIATA, “se admitirmos que o art. 475 impede a concessão de tutela antecipada – o que se admite apenas a título de argumentação – uma vez que posterga a eficácia da sentença proferida à sua confirmação pelo tribunal, chegaremos à conclusão de que, em qualquer ação movida entre particulares, cuja sentença esteja sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo, também e pela mesma razão não poderá ser concedida tutela antecipada”²⁴⁴.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, nesse mesmo sentido, sustenta que: “O art. 475 não seria óbice, porque o característico da tutela antecipada é, justamente, antecipar a eficácia de alguma decisão jurisdicional que, de outra forma, não surtiria efeito algum. Fosse verdadeiro o argumento do art. 475 e nenhuma sentença sujeita a recurso de apelação com efeito suspensivo – a regra – poderia ter seus efeitos antecipáveis. E, cá entre nós, nunca ninguém duvidou do contrário. Aliás, é justamente porque determinado ato não tem jurisdicional não tem efeito imediato que tem lugar a tutela antecipada. Nunca o contrário”²⁴⁵.

É possível, em tese, a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público. Vejamos, agora, os seus limites.²⁴⁶

242. É o que também lembra Talamini, acrescentando que nem mesmo quando a antecipação de tutela é concedida no bojo da sentença, submete-se a efeito suspensivo de eventual apelação (art. 520, VII, CPC), o que ratifica que sua eficácia não resta condicionada a reexame necessário (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 43). O próprio STJ já assentou que não cabe reexame necessário quando a apelação é despida de efeito suspensivo, a exemplo da apelação contra sentença que rejeita embargos na execução contra a Fazenda (como se vê no REsp n. 243.679-RS e no EDiv no REsp n. 241.876-SC).

243. Vide art. 928, parágrafo único, do CPC.

244. “Tutela Antecipatória nas Ações Movidas contra o Poder Público, inclusive em Matéria Tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, n. 41, p. 39.

245. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, cit., p. 136-137. Com esse entendimento, ASSIS, Carlos Augusto de. *A antecipação da tutela*. 2001, p. 194.

246. Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha, convém registrar ser possível conceder a antecipação da tutela pela incontrovérsia da demanda (CPC, art. 273, § 6º) contra a Fazenda Pública. Como visto, está-se

6.2. Leis fundamentais e sua constitucionalidade. Breve histórico

A Lei Federal n. 9.494/1997 passou a disciplinar a matéria da antecipação genérica da tutela em face do Poder Público, de forma a restringir-lhe a amplitude em algumas hipóteses. O seu art. 1º vedou a tutela antecipada contra a Fazenda para fins de *pagamento de vantagens a servidores públicos* – tal como se restringia antes a liminar²⁴⁷ em mandado de segurança e em cautelar, como se vê nos dispositivos comentados abaixo.

Mas a verdade é que, desde a década 60 do século XX, o legislador vem impondo restrições à tutela antecipada e à própria execução provisória contra a Fazenda Pública.

O art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 4.348/1964, não permite, desde então, concessão de liminar ou a execução provisória de sentença de *mandado de segurança contra a Fazenda Pública*, que ordene a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens. Essa vedação foi reafirmada no § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009. Nestes casos, diz, só execução definitiva, quando houver trânsito em julgado.

Ainda no contexto do mandado de segurança, o art. 1º, *caput* e §4º da Lei n. 5.021/1966, veda a concessão de liminar em *mandado de segurança* que importe pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual ou municipal. A Lei n. 12.016/2009 reafirmou essa proibição no § 2º do seu art. 7º.

Perceba que a lei impede a execução provisória da sentença de mandado de segurança, sempre que não for permitida a concessão da tutela antecipada (art. § 3º, Lei n. 12.016/2009).

Com a edição do Plano Collor I, em março de 1990, inúmeras pessoas foram ao Judiciário reclamar a liberação imediata de quantias que haviam sido bloqueadas pelo Governo, como medida para tentar, sem sucesso, impedir o crescimento da inflação. O Presidente, então, editou a Medida Provisória que veio a converter-se na Lei Federal n. 8.437/1992, que, em seu art. 1º, estendeu às liminares concedidas

diante de um caso de resolução de parte do mérito da causa. Havendo incontrovérsia e desnecessidade de produção de outras provas, permit-se tal decisão, que está fundada em juízo de certeza, exercido mediante cognição exauriente (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007, n. 11.3, p. 222-225). Defendemos tratar-se de típico julgamento antecipado parcial, para o qual não há restrições em lei.

247. A insistente referência do legislador à vedação a “liminares” contra o Poder Público foi notada por Talamini, dando ensejo a uma interpretação restritiva de tais leis. Segundo o autor, boa parte destas leis só proíbe “liminar” em mandado de segurança e cautelar contra o Estado, mas não veda a concessão de tutela antecipada (satisfativa ou cautelar) em outros momentos do processo, que não antes da oitiva do réu. Bem colocado (Vide TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 45 ss).

em *ações cautelares propostas contra o poder público* as mesmas restrições. O art. 3º da Lei n. 8.437/1992 adotou praticamente a mesma redação do art. 7º da Lei n. 4.348/1964 – acima comentado –, impedindo, assim, execuções provisórias em cautelares satis fativas (lembre-se que estamos em 1992, época em que a tutela antecipada ainda não havia sido generalizada).

A Lei n. 8.437/1992, no seu art. 1º, §3º, veda liminares que *esgotem o objeto da ação*, sem esclarecer, contudo, o que significa “esgotar o objeto da ação”. Rigorosamente, uma tutela provisória jamais irá exaurir o objeto de uma demanda, porquanto, por natureza, deva ser sucedida por uma medida definitiva, dada em cognição exauriente. É possível cogitar que o legislador tenha pretendido vedar, com essa ambígua expressão (“esgotar objeto da ação”), liminares com efeitos irreversíveis. Se é este o caso, então se trata de norma supérflua, porquanto já conste a vedação no texto do art. 273, §2º, CPC – que, inclusive, vem sendo mitigada em doutrina e jurisprudência, como se viu no item reservado ao tema.²⁴⁸

Ainda na década de 90 do século XX, entrou em vigor a Lei Federal n. 9.494/1997, acima citada, no intuito de regulamentar a antecipação de tutela contra o poder público (perceba que a antecipação da tutela foi generalizada em 1994; as vedações que existiam até então não a contemplavam, por suposto). Com isso, toda a disciplina restritiva das tutelas de urgência em mandado de segurança e ação cautelar foi estendida à antecipação de tutela, nos termos do seu 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 n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º, e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992”.²⁴⁹ A extensão foi reafirmada pelo § 5º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009.

Mas como se não fosse o bastante, o legislador, no art. 2-B da Lei Federal 9.494/1997, acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, veio, ainda, proibir a execução provisória contra Fazenda Pública, nos seguintes casos: “A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão de folha em pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento e extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada, após seu trânsito em julgado”.

Com isso, a vedação não se limita mais às liminares em cautelares e mandados de segurança, à antecipação de tutela, ou à execução provisória nos casos citados nas

248. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 46 ss.

249. Leonardo José Carneiro da Cunha entende que os provimentos de urgência passaram a ter uma disciplina unificada, o que se confirma pela inserção do § 7º ao art. 273 do CPC. Como consequência disso, todas as restrições de liminares e cautelares contra a Fazenda Pública se aplicam aos casos de tutela antecipada. Daí a edição da Lei n. 9.494/1997, que cuidou de confirmar essa unificação no regime das tutelas de urgência (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, 5ª ed., cit., p. 226).

leis anteriores. Proibida está a execução provisória também nas hipóteses elencadas no art. 2-B, da Lei n. 9.494/97, para servidores federais, estaduais ou municipais.

A doutrina rapidamente se voltou contra a Lei 9.494/1997. Seriam tais leis, diziam, inconstitucionais, pois afrontariam o direito às tutelas preventivas, à proteção contra ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF/88).

“No que diz respeito à constitucionalidade das normas restritivas à concessão de liminares, muitos doutrinadores sustentam que tais vedações são inconstitucionais, quer sob o aspecto formal (uma vez que a restrição à concessão de liminares se deu, inicialmente, por meio de medidas provisórias, que não contêm os requisitos da urgência e da relevância), quer sob o aspecto material (tendo em vista que tais limitações impedem o amplo acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, onde se busca proteger não apenas a lesão a direito, mas também a ‘ameaça a direito’, demonstrando que as tutelas de urgência também estão garantidas constitucionalmente)”.²⁵⁰

A despeito disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADC n. 4, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 9.494/97²⁵¹, por maioria de votos, em 02.10.2008 – em reprodução ao entendimento esposado na ADI n. 223-6/DF, a ser analisada em item seguinte.

Por essa razão, conclui CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “nos dias atuais, qualquer decisão que antecipe a tutela em desfavor da Fazenda Pública determinando que se pague a servidor público determinada parcela retirada de seus vencimentos pode ser cassada por reclamação a ser interposta diretamente no STF (Lei n. 8.038/90, art. 13), assim como o foram todas as decisões jurisdicionais em sentido contrário ao que decidiu o STF existentes àquela época”.²⁵²

Mas isso não tem impedido que a Corte Suprema mitigue, paulatinamente, as limitações às medidas de urgência contra o Poder Público.

Não é demais lembrar que essa restrição à tutela antecipada cinge-se, tão-somente, às pretensões pecuniárias de servidores públicos. Todas as outras pretensões não abrangidas pela vedação da Lei n. 9.494/97, podem ser seus efeitos antecipados.

Tanto que, frequentemente, o STF tem salientado que essas vedações devem ser *interpretadas restritivamente* – colocando fora da vedação verbas previdenciárias

250. BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. 2001, p. 58.

251. Antes mesmo da conversão da MP 1.570/97 na Lei 9.494/1997, o STF já tinha se manifestado sobre a constitucionalidade da MP, na ADIN n. 1.576-1, indeferindo o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos restritivos da concessão de tutela antecipada (BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. 2001, p. 59).

252. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 138.

(vide Rcl n. 902-4-SE e Rcl n. 1.603-SE e Súmula n. 729, STF) e verbas ilegalmente tomadas do jurisdicionado, mas restituídas por medida antecipatória (cf. Rcl n. 2.726).

Também tem sido comum o Supremo, em sede de reclamação constitucional para fazer valer a decisão da ADC n. 4, manter medidas antecipatórias dadas contra a Fazenda, por estarem *afinadas com a jurisprudência* da Corte (assim, AgRg na Rcl n. 1.067-8/RS, AgRg na Rcl n. 1.132-RS, AgRg na Rcl n. 1.105-RS etc) – em que pese já ter considerado esse dado irrelevante em julgados posteriores (vide, Rcl n. 877-RJ, Rcl n. 2.726 e Rcl n. 4.981). Com isso, tem ratificado o entendimento esposado na ADI n. 223-6, a ser doravante analisada, de que a proibição de tutela antecipada não é absoluta e pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto.

No Superior Tribunal de Justiça, as normas proibitivas da antecipação contra o Poder Público também têm sido afastadas em casos tidos por excepcionais, por envolverem especial urgência (REsp n. 109.473-RS, REsp n. 275.649-SP, REsp n. 420.954-SC, dentre outros).

Todas essas idas e vindas do STF foram muito bem analisadas por EDUARDO TALAMINI, que sintetiza as atuais tendências: “É perceptível, portanto, alguma indefinição do Supremo Tribunal em face das normas proibitivas de tutela urgente. Oscila-se entre a admissão geral a abstrata dessas proibições e a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto. E essa indefinição é agravada pelas significativas mudanças de composição por que passou o Supremo nos últimos anos (...)”.²⁵³

Na verdade, todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico. À guisa de exemplificação, a Lei n. 5.021/1966, que limitou o pagamento de vencimentos e vantagens através de segurança, tinha por fito restringir a discussão sobre a reforma administrativa existente à época. A Lei Federal n. 9494/1997 que veio para disciplinar a antecipação de tutela contra o Poder Público decorreu de um debate sobre o reajuste concedido em 1993 apenas para servidores militares.²⁵⁴

De fato, inúmeros são os dispositivos normativos que limitam a concessão das medidas antecipatórias e de urgência contra o Poder Público – desde a vetusta reintegração de posse, passando pelo mandado de segurança e cautelares, sempre se protegeram os entes públicos contra a concessão de tutelas provisórias. Muito

253. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 55.

254. Sobre o tema, encontra-se bom apanhado na obra de Renato Benucci (BENUCCI, Renato Luiz. *Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 49).

já se discutiu sobre a sua constitucionalidade, consolidando, até então, o Supremo Tribunal Federal²⁵⁵ o entendimento pela sua adequação constitucional.

Mas a visão esposada pela Corte Suprema em julgado pretérito (ADI n. 223-6/DF) é valiosa e tem se refletido ainda hoje em seus posicionamentos.

6.3. Análise do julgamento da ADI n. 223-6/DF

É constitucional uma lei que impeça a concessão de provimentos liminares, em qualquer hipótese, contra o Poder Público?

O assunto já foi tema de discussão pelo plenário do STF, na década de 90 do século XX, durante o julgamento do ADI nº 223-6 MC/DF, acima citada. Naquela ocasião se discutia a concessão de provimento liminar em medida cautelar proposta por partido político no intuito de suspender a eficácia da Medida Provisória nº 173/1990, que vedava o deferimento de liminar em mandado de segurança e em ações cautelares ou ordinárias que versassem sobre matérias previstas em outras Medidas Provisórias, ali identificadas, impedindo, com isso, a execução da decisão judicial antes do seu trânsito em julgado.

Em seu voto, o relator Min. PAULO BROSSARD suspendeu parcialmente os efeitos da MP n. 173/90 por entender que “a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário, fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo”. Isto porque, “se a medida provisória não veda a apreciação, é inequívoco que a posterga a uma data incerta e o diferimento da proteção judicial pode acarretar a consumação da ameaça e a irreparabilidade do dano”.

Em seguida, o Min. CELSO DE MELLO, encampando as razões do relator, ampliou a suspensividade, sustando integralmente a eficácia da MP n. 173/90, aduzindo, em suma, que se “o próprio ordenamento jurídico contém instrumento de neutralização da eventual lesividade decorrente da execução de medida cautelar, ainda que deferida liminarmente, consistente na adoção das providências de contracautela (CPC, arts. 804, 811, 816, n.º II), não vejo como inibir o Poder Judiciário, de modo genérico e absoluto, de conceder provimentos liminares, em sede mandamental ou cautelar, nos procedimentos judiciais instaurados em função das medidas de política econômico-financeira e monetária do novo Governo”.

255. ADIN n. 223-DF, liminar, pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. de 05.04.1990, RTJ 132/572.

A orientação, contudo, passou a mudar após o voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, que defendeu como válidas as limitações impostas ao poder cautelar²⁵⁶ do magistrado, sob o fundamento de que a essência da tutela cautelar – a provisoriedade – vinha sendo corrompida, com a proliferação de provimentos definitivamente satisfativos. Aduziu ainda que, naquele caso concreto, em virtude da desmedida abrangência da MP 173/90, que se propunha a ter aplicação num sem-número de situações distintas, algumas restrições ao poder cautelar se justificavam, mormente em face da situação econômica por que, à época, passava o país. Assim, seria precipitado simplesmente suspender a sua eficácia, ainda que parcialmente, o que poderia trazer consequências sérias à política econômica então implantada.

Desse modo, concluiu, numa demonstração clara de ponderação de interesses, pela manutenção dos efeitos da MP vergastada, negando a pretensão cautelar deduzida, através de raciocínio cuja transcrição merece destaque:

“O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde – segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros PAULO BROSSARD e CELSO DE MELLO – a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5.º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva”.

O seu voto foi seguido pelo Min. SYDNEY SANCHES, que acrescentou que, “havendo certa dose de razoabilidade na restrição às liminares, ditadas, sobretudo, pelo interesse público, nela não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, ‘prima facie’”. Seguiram-no, também, todos os demais ministros.

Sendo assim, firmou-se o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos legais (*lato sensu*) que ainda hoje limitam a concessão de liminares contra o Poder Público – de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implementá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que,

256. Vale lembrar que, à época (1990), não se falava, ainda, em antecipação dos efeitos da tutela, que acabava caindo na vala comum da tutela cautelar, sob a denominação de “cautelar satisfativa”.

no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade.

Ora, reconhece a Corte Suprema que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-la. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuances.

Sem dúvidas, trata-se de uma decisão paradigmática para a comunidade jurídica brasileira²⁵⁷.

É o posicionamento esposado, outrossim, por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: “E o juiz poderá, quando entender ser o caso, deferir tutela antecipada contra a Fazenda Pública, mesmo naquelas hipóteses em que outros diplomas legislativos, não mencionado pelo art. 1º, da Lei n. 9494/97 vedam tal iniciativa. Isto porque, mesmo com a lei restritiva, é dado ao juiz do caso concreto, no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastar sua incidência por entendê-la agressiva aos cânones do art. 5º, XXXV, CF”²⁵⁸.

E por CARLOS AUGUSTO DE ASSIS:

“Quanto a elas, e tendo por objetivo não frustrar o direito à adequada tutela jurisdicional (corolário do devido processo legal), duas soluções nos parecem possíveis: reputa-las inconstitucionais, deixando ao magistrado, em cada caso, o poder de aplicar ou não a antecipação de tutela de acordo com o art. 273, tendo em vista o critério da proporcionalidade acima formulado; ou, então, verificar em cada caso concreto se elas importam indevido cerceamento do direito ao devido processo legal, para só depois aplicá-las ou não. Do ponto de vista prático, ambas conduzem ao mesmo resultado, qual seja: o de que a antecipação contra a Fazenda Pública é possível mesmo em situações teoricamente vedadas pela Lei 9.494, de 1997, verificadas as peculiaridades da cada caso”.

Em assim sendo, a princípio, segundo o STF, aplicam-se a tutela antecipada as mesmas restrições contidas nos artigos 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348/64, assim como no artigo 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021/66, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92, acima transcritos. Tais restrições podem ser afastadas no caso concreto, uma vez aplicado o princípio da proporcionalidade.

257. Oscar Vilhena Vieira selecionou esse julgamento no rol dos mais importantes já proferidos pelo STF em matéria de direito fundamental (no caso, o devido processo legal): VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 492-510.

258. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. p. 139.

6.4. Exigência de trânsito em julgado para a expedição do precatório (EC 30/2001)

Viu-se que é possível antecipação de tutela referente a pretensões pecuniárias que não se refiram a remuneração de servidores públicos – como, por exemplo, aquelas referentes a pagamentos de prestadores de serviços ou de benefícios previdenciários, a repetição de indébitos tributários etc.

Sucedendo que a EC n. 30/2001 conferiu nova redação ao art. 100, § 1º, CF, para vincular a expedição de precatório ao trânsito em julgado da decisão judicial. E mesmo no §3º do art. 100, quando dispensa a emissão de precatório, exige o trânsito em julgado. Confira-se:

Art. 100, CF/88: “§1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento *de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado*, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão os seus valores atualizados monetariamente. (...) §3º O disposto no ‘ deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude *de sentença judicial transitada em julgado*. ”

Diante dessa exigência, questiona-se se seria possível a antecipação dos efeitos da tutela contra o Poder Público, para pagar quantia, por tratar-se de decisão interlocutória, no mais das vezes.

Decerto que sim, pois a emenda constitucional é inconstitucional.

Isso porque essa imposição de formação de coisa julgada foi inserida por emenda constitucional que afronta, diretamente, o direito fundamental à tutela preventiva (contra ameaça de lesão à direito) e efetiva – este último, corolário que é o do devido processo legal, do direito a um processo sem dilações indevidas e do próprio direito de acesso à justiça –, bem como o direito à igualdade. Afronta normas fundamentais, constitucionais, pretéritas e impositivas.

“(...) esse vínculo ao trânsito em julgado é fruto de emenda à Constituição que, seria despidendo dizer, estivéssemos, eventualmente, em outro lugar do mundo, deve observar determinadas regras que lhe são anteriores e impositivas. Assim, na exata medida em que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para que o jurisdicionado se beneficie de uma decisão judicial que o favorece tem aptidão para colocar em risco uma situação de *ameaça* ou criar uma lesão de difícil reparação ou irreparável, o lapso temporal correspondente atrita com a proteção do art. 5º, XXXV. Nesse sentido, a emenda constitucional é *inconstitucional*”²⁵⁹.

259. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 141.

Ainda que se repute a dita emenda conforme com a Constituição, há outro argumento: trânsito em julgado não se confunde com *coisa julgada material*, sendo antes um pressuposto dela. *Trânsito em julgado* é preclusão, irrecorribilidade, coisa julgada formal. Uma decisão que determina a tutela antecipada pode tornar-se indiscutível, no mesmo processo, pela coisa julgada formal. Assim, cumpre-se a exigência constitucional com o trânsito em julgado da decisão que antecipou a tutela.²⁶⁰

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO ainda traz outro fundamento: “é que não há problema nenhum em atrelar o pagamento ao trânsito em julgado, justamente porque é de tutela antecipada que se está a tratar aqui. Nos casos em que não há necessidade de antecipação da tutela, aguarda-se o trânsito em julgado; em outras situações em que há urgência (art. 273, I, por exemplo), antecipa-se a tutela, não obstante o texto da Constituição. Se antecipar é ‘efetivar’ antes do tempo, que se já antes do trânsito em julgado”²⁶¹.

E mais. O próprio STJ tem admitido o cumprimento de tutela antecipada contra a Fazenda para o pagamento de quantia – seja ou não de pequeno valor –, independentemente de precatório, por ser ele incompatível com a tutela de urgência.

É o que se vê no julgamento do REsp n. 834.678-PR, que impõe pagamento imediato de pensão provisória de cunho indenizatório, já em sintonia com inúmeros precedentes da Corte: “Cinge-se em saber da possibilidade ou não do cumprimento da antecipação de tutela deferida em ação indenizatória mediante a expedição de precatório. Para o Min. Relator, a possibilidade de graves danos decorrentes da demora da efetivação do provimento antecipatório *sub examine* revela a incompatibilidade da submissão da tutela de urgência ao regime do precatório. Isso porque a pensão provisória a ser paga pelo município, até decisão final da ação principal, é imprescindível em razão das despesas médicas e terapêuticas da menor, acometida de encefalopatia grave e irreversível devido à vacina aplicada em posto de saúde do município recorrido. Outrossim, o disposto no *caput* do art. 100 da CF/1988 não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor, de modo que, mesmo se a sentença fosse de mérito, transitada em julgado,

260. Relembre-se, ainda, que o § 1º do art. 100 da Constituição Federal, ao condicionar a expedição de precatório ao prévio trânsito em julgado, não impede que já se conceda a tutela antecipada (que desencadeia execução provisória) para adiantar os atos executivos que antecedem a expedição do precatório. Assim, na pior das hipóteses – que não é, como já expusemos, a mais adequada – a tutela antecipada permite que já se adiante o processamento da demanda executiva, ainda que só pudesse haver a expedição de precatório após o prévio trânsito em julgado. É a interpretação que reputa adequada CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, 5 ed., cit., p. 273. Talamini menciona essa possibilidade, admitindo que se chegue até o depósito da quantia devida em juízo, mas ressalva que “em casos em que a situação de urgência exige mais do que isso, cumpre ponderar concretamente os valores fundamentais envolvidos. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade (...)” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 44).

261. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 142.

não haveria submissão do pagamento ao regime de precatórios, de acordo com recentes julgados deste Superior Tribunal. Precedentes citados: AgRg no REsp 888.325-RS, DJ 29/3/2007, e REsp 853.880-RS, DJ 28/9/2006. REsp 834.678-PR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26/6/2007” (grifos adotados) (Informativo do STJ n. 0325 de junho de 2007).

Há decisão ainda mais recente, nesse sentido. Em 14 de abril de 2008, o STF deu provimento a agravo interno (STA 223 AgR/PE), para manter decisão antecipatória dos efeitos da tutela do tribunal de origem, contra a Fazenda Pública, que “concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o (...) Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular - MDM no agravante, com o profissional por este requerido”. O agravante ficou tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, o que ensejou a propositura de ação indenizatória para a responsabilização do Estado de Pernambuco pelas despesas com a cirurgia, “que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico”.

Reconheceu-se que entre o interesse secundário do Estado (público-financeiro) e o interesse fundamental da preservação de vida e saúde do agravante, deve Judiciário fazer prevalecer o segundo. Concluiu-se que é imperiosa a realização do direito do agravante de desvincular-se do respirador artificial que o prende no estabelecimento hospitalar, depois de já ter passado meses em coma. Deve-se tutelar o seu direito à busca da felicidade, corolário da dignidade da pessoa humana.

Foi vencida a Ministra Ellen Gracie, sob o argumento de que a decisão que impõe o imediato pagamento do valor necessário para intervenção cirúrgica teria violado o art. 100, da Constituição, e o art. 2º-B da Lei 9.494/97, que prevêem a proibição de execução provisória contra o Poder Público. Menciona, ainda, a existência de grave lesão à ordem pública, pois foi determinada a realização de cirurgia cara e não prevista no Sistema Único de Saúde, sem que sequer se tenha apurado a possibilidade de implementá-la por procedimento administrativo ou a avaliação de médico credenciado.

6.5. Tutela antecipada para a obrigação de fazer, não fazer e dar coisa em face do Poder Público

Não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela antecipada para obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório.

Há, porém, algumas situações dignas de nota.

Não é possível a concessão de tutela antecipada em ação possessória (que muitas vezes objetivam a entrega de uma coisa) contra o Poder Público sem a sua prévia oitiva (art. 928, par. ún., CPC).

O art. 1º da Lei Federal n. 2.770/1956 veda a concessão de tutela antecipada, em qualquer situação, nas ações que se referem à liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira. Trata-se de restrição descabida, porque simplesmente elimina a possibilidade de tutela de urgência contra o Poder Público, sendo escancaradamente inconstitucional, por malferir o devido processo legal substancial e o direito de acesso à tutela efetiva. Talamini tenta proceder à adequação do texto ao princípio da proporcionalidade, para defender que não passa “da reiteração da exigência de que os efeitos da antecipação sejam reversíveis, para que a providência possa ser deferida (...) em casos como esse (...) haverá necessidade de ponderação concreta dos valores envolvidos, para definir-se se é aplicável o óbice imposto em lei”.²⁶²

A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de admitir a tutela antecipada, contra o Poder Público, para determinar a entrega de remédio a idoso ou portador do vírus da AIDS, por exemplo, inclusive com a determinação de bloqueio de verbas para garantir a efetividade do julgado (aplicação do § 5º do art. 461 do CPC).

Convém transcrever trecho da ementa de importante julgado neste sentido, dado no REsp n. 746.781/RS, em abril de 2006, com relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki:

“1. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto a obrigação de fornecer medicamentos a portador hipossuficiente de Isquemia cerebral crônica, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas deste depositadas em conta corrente.

2. Depreende-se do art. 461, §5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

262. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. (...)

5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na disponibilização em favor do recorrido da quantia de R\$ 542,64 (quinhentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário”.

No âmbito da imposição antecipada de obrigações genéricas de fazer, não fazer e dar coisa ao Poder Público, algumas das poucas limitações que, possivelmente, poderiam atingi-las, seriam:

a) a que veda, amplamente, a concessão de providência de urgência, no primeiro grau, quando está sendo impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária do tribunal (art. 1.º, §1.º, Lei n. 8.437/92) – que é previsão aplicável, também, às cautelares (art. 1.º, Lei n. 9494/97)²⁶³;

b) e a que proíbe liminar (cautelar ou antecipada) que esgote o “objeto da ação” (art. 1.º, §3.º, Lei n. 8.437/92, e art. 1.º, Lei n. 9494/97) – que, na pior das

263. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

hipóteses, é mera repetição da vedação (já mitigada) à irreversibilidade, como já se disse²⁶⁴.

Em ambos os casos, mais uma vez, tem-se atos normativos inquinados por vício de inconstitucionalidade, porquanto suprimam, desarrazoadamente, a possibilidade de obtenção de tutela de urgência em face do Estado, privando o jurisdicionado do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

6.6. Tutela antecipada contra o Poder Público em matéria tributária

O art. 1º, §5º, da Lei Federal n. 8.437/1992, acrescentado pela MP 2.180-35/2001 – mantido em caráter permanente em nosso sistema, em razão da EC n. 32/2001 –, no mesmo sentido do n. 212 da súmula do STJ, veda a tutela antecipada nas ações que visem certificação de compensação tributária (e previdenciária).

A constitucionalidade desse dispositivo, inclusive, foi reconhecida pelo STF, na ADI n. 2.251, mas esse processo acabou sendo extinto sem exame do mérito, em razão da perda de objeto. A proibição foi ratificada no § 2º do art. 7º da Lei n. 12.016/2009.

Mas nossos doutrinadores fazem ressalvas a esse dispositivo – bem como ao entendimento sumulado. Diz-se que a vedação ali contida determina, tão-somente, que não cabe ao juiz liminarmente compensar o tributo e decretar a extinção do débito. Cabe a ele delimitar os critérios a serem seguidos pelo contribuinte e pelo fisco para, se quiserem, por sua conta e risco, promoverem a compensação – mas, ainda assim, o débito não fica extinto, o que só é possível com decisão transitada em julgado²⁶⁵.

Demais disso, a Lei Complementar 104/2001 inseriu no CTN o art. 170-A, que proíbe a compensação antes do trânsito em julgado da decisão e, portanto, através de decisão que antecipe a tutela. A doutrina confere a esse dispositivo de lei interpretação semelhante: o que se proíbe é, tão-somente, a extinção do tributo antes do trânsito em julgado e, não, sua compensação (em razão do art. 156, X, CTN).²⁶⁶

Mas a discussão não fica por aí.

Questiona-se, outrossim, a possibilidade de tutela antecipada para suspender a exigibilidade de crédito tributário. Isso porque o art. 151, IV, CTN, só

264. TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 49.

265. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*, 2004, p. 140.

266. Segundo esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o Superior Tribunal de Justiça vem, contudo, entendendo não ser possível a concessão de provimentos de urgência para impor ou autorizar a compensação de créditos tributários e previdenciários, mesmo quando o lançamento se dê por homologação (*A Fazenda Pública em juízo*, 5 ed., cit., n. 10.4, p. 208-209).

aventava essa possibilidade (de liminar), expressamente, em sede de mandado de segurança.

Com o advento da Lei Complementar n. 104/2001, que introduziu o inciso V no art. 151, cessou-se o debate: *permite-se expressamente* (regra bem interessante, portanto) a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em outras espécies de ação judicial.

Independentemente de toda essa discussão doutrinária e das mudanças legislativas, deve-se frisar que não é possível antecipar decisão que compensa ou extingue o débito, pelo simples fato de que não se antecipa (des)constituição de situação jurídica – o que já seria a tutela definitiva. Mas nada impede que se adiantem os seus efeitos práticos e sociais, isto é, a suspensão de exigibilidade do crédito.²⁶⁷

267. Nessamesma linha de entendimento, TALAMINI, Eduardo. *Tutela de Urgência e Fazenda Pública*, cit., p. 48 e 49.

| Bibliografia |