

ISSN 2447-3510

Vol. 4 – nº 9 ago./dez. 2015

e-parana judiciario

Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça

Centro de Documentação - CEDOC
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

e-parana judiciario

Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça



© 2015 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Conselho Editorial

Des. Renato Braga Bettega

Des. Roberto Portugal Bacellar

Des. Clayton de Albuquerque Maranhão

Juiz Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral

Coordenação editorial

Denise Antunes Ferreira

Apoio técnico

Marília Ferreira Bertozzi Dornas

Capa e editoração eletrônica

Alberto Heitor Molinari

Danilo Martins Rodrigues

Marília Ferreira Bertozzi Dornas

e-parana judiciário: Revista Eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná / Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Centro de Documentação, v. 4, n. 9, Curitiba, ago./dez. 2015.

Semestral

ISSN 2447-3510

Disponível em: <http://www.tjpr.jus.br/publicacoes>

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná. 3. Julgados.

CDU: 34(05)

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
BIÊNIO 2015/2016

PRESIDENTE

Des. Paulo Roberto Vasconcelos

1º VICE-PRESIDENTE

Des. Renato Braga Bettega

2º VICE-PRESIDENTE

Des. Fernando Wolff Bodziak

CORREGEDOR-GERAL

Des. Eugênio Achille Grandinetti

CORREGEDOR

Des. Robson Marques Cury



Sumário

Editorial	06
Doutrina	
Desafios do CPC/15 para o Tribunal de Justiça: o Incidente de Assunção de Competência como técnica substitutiva do Incidente de Uniformização de Jurisprudência no CPC/2015.....	08
CLAYTON MARANHÃO	
Provas no Novo Código de Processo Civil.....	12
EDUARDO CAMBI	
Intervenção do Ministério Público no incidente de assunção de competência e na reclamação: interpretando um silêncio e um exagero verborrágico do novo CPC.....	28
FREDIE DIDIER JR.	
LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA	
A grande virada. O Novo CPC e a transição do princípio da legalidade formal para o da legalidade substantiva.....	37
JORGE DE OLIVEIRA VARGAS	
Tutela contra o ilícito.....	40
LUIZ GUILHERME MARINONI	
O que é abrangido pela coisa julgada no Direito Processual Civil Brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança.....	56
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER	
Memória do Tribunal	
Traficantes aventureiros ou perigos em alto mar: um mistério no Império do Brasil.....	72
Diretrizes para autores	82
Centro de Documentação	86



EDITORIAL

É com grande entusiasmo que apresentamos a 9ª edição da *Revista e-paraná judiciário*, periódico semestral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Trata-se de uma versão comemorativa, que marca os 90 anos do lançamento de sua primeira edição impressa.

Para celebrar esta data tão importante, reformulamos o conteúdo e *layout* da Revista, também convidamos alguns dos mais renomados juristas para que contribuíssem com suas produções. Além disso, passamos a contar com o apoio de um Conselho Editorial estruturado, composto por magistrados de grande referência acadêmica e profissional.

Outra razão que a torna especial é a coincidência desse aniversário com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) que serviu de inspiração para os artigos trazidos nessa 9ª edição.

A Revista Paraná Judiciário, que hoje se apresenta no formato eletrônico, nasceu do compromisso e dedicação do Desembargador Vieira Cavalcanti que, em janeiro de 1925, inaugurou o que foi chamado mais tarde de **primeira fase** da Revista, constituindo à época um dos mais importantes repositórios oficiais de jurisprudência.

Eram outros tempos, ainda nem se pensava em *internet* ou processo eletrônico, a circulação de informação era precária e a qualidade das peças processuais e decisões judiciais dependia do afinco com que magistrados, advogados e demais operadores do direito dispensavam à leitura desses repertórios.

Durante os quarenta e três anos seguintes, a Revista circulou contando sempre com a colaboração de servidores e magistrados. Entretanto, a despeito dos esforços em mantê-la, em 1968 deixou de circular.

Em 1970, sob a direção do Desembargador Alceste Ribas de Macedo voltou a ser editada, sendo elaborada e custeada pelo próprio Tribunal, dando início à **segunda fase** da Revista, que durou pouco mais de 8 anos.

Em abril de 1982, pelas mãos do Desembargador Heliantho Guimarães Camargo, o antigo projeto da Revista foi retomado, contando dessa vez com o suporte de uma estrutura empresarial confiada à parceria com a Editora

Juruá, o que consistiu na **terceira fase**.

Não obstante ao entusiasmo da administração judiciária e a qualidade técnica do material selecionado, mais uma vez a Revista teve sua publicação interrompida, dessa vez no ano de 2006.

Seis anos se passaram até que, em 2012, na gestão do Desembargador Miguel Kfourri Neto, uma **quarta fase** da Revista se iniciou. Essa nova fase, que se estende aos dias de hoje, experimenta um contexto distinto daquele visto em 1925, pois se encontra imerso na chamada era digital.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, envolvido nos processos de modernização e informatização, soube atender às novas exigências e anseios da sociedade. Concluiu-se que a tradicional Revista Paraná Judiciário precisaria ser reformulada com o fito de contemplar as novas ferramentas e tendências de difusão da informação.

Foi nesse solo fértil que surgiu a *Revista e-paraná judiciário*, que atualmente está em sua 9ª edição. Um periódico que guarda em sua identidade 90 anos de tradição e memória, refletidos em suas páginas amareladas e virtuais um pedaço considerável da história desse Tribunal de Justiça.

Que a lembrança dessas nove décadas de história sirva como um convite aos magistrados, servidores, estagiários, pesquisadores, colaboradores e demais partícipes da comunidade jurídico-científica, para que colaborem com a produção desta Revista, enviando artigos, ensaios, sugestões, críticas ou indicações de julgados de grande relevância, permitindo a continuidade desse projeto que faz parte da identidade do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Curitiba, 12 de novembro de 2015

Centro de Documentação



DOUTRINA

DESAFIOS DO CPC/15 PARA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA COMO TÉCNICA SUBSTITUTIVA DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NO CPC/2015

Clayton Maranhão*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná

Jurisprudência é um termo polissêmico. A historicidade do conceito comporta pelo menos cinco significados, que podem ser assim resumidos: (i) um conceito lato, abrangente de toda a ciência jurídica, teórica e prática, elaborada por jurisconsultos (doutrinadores e professores) e por magistrados; (ii) a doutrina jurídica ao elaborar conceitos e examinar hipoteticamente a incidência ou aplicação das normas jurídicas; (iii) a atividade prática dos jurisconsultos (*juris prudentia*) na elaboração de pareceres diante de casos concretos; (iv) o conjunto das decisões dos juízes e tribunais, ora convergindo ora divergindo sobre determinados temas jurídicos; (v) o conjunto de decisões do Poder Judiciário num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico (Limongi França, Verbete Jurisprudência, 'in' Repertório Enciclopédico, p. 273/274 apud Rodolfo Mancuso, Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante, p. 26/27).

Na perspectiva do positivismo jurídico, havia entendimento no sentido de que a jurisprudência poderia ser (i) *secundum legem* ou (ii) *praeter legem*, mas nunca (iii) *contra legem*, pois caberia ao juiz aplicar e não modificar o direito positivo, embora, a pretexto de interpretar, por vezes se decide *contra legem*, como se *secundum legem* fosse (Paulo Gusmão, Introdução à Ciência do Direito, 1960, p. 123, apud, Mancuso, cit. p. 28).

Outrossim, é certo que “não pode haver jurisprudência sem que haja uniformização”, pois “esse reforço de sentido não lhe prejudica o entendimento, pelo contrario, vem a demonstrar que a uniformização de jurisprudência há que compreender-se como um entendimento judiciário dominante e racionalizado, de forma oficial, com sentido prático de orientação ante as encruzilhadas que se formam nas interpretações nos vários caminhos da justiça”(Álvaro Villaça Azevedo, A jurisprudência como forma de expressão do direito, RDC 51, apud Mancuso, cit. p. 30).

Diante das inevitáveis mutações sociais da modernidade tardia, é crescente a numerosidade dos processos em trâmite na justiça brasileira, superando os cem milhões de feitos, ao passo que ganha especial conotação nesse acervo processual as chamadas demandas repetitivas, a exigir novas técnicas de julgamento e de uniformização de jurisprudência.

Nesse contexto, revelaram-se insuficientes embora ainda importantes as técnicas tradicionais de uniformização de jurisprudência, notadamente o incidente de



uniformização previsto no art. 476 do CPC/73 e a súmula de jurisprudência dominante dele derivada, o recurso especial fundado em divergência jurisprudencial e os embargos de divergência nos tribunais superiores, assumindo importância crescente as técnicas de vinculação das decisões emanadas do STF (súmula vinculante e decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, além das teses jurídicas firmadas em recurso extraordinário) e do STJ (súmulas persuasivas e teses jurídicas firmadas em recurso especial repetitivo), filtros recursais (repercussão geral no STF; súmulas persuasivas dos tribunais superiores e dos tribunais de segundo grau, tidas como impeditivas do processamento de recursos cujas teses lhes sejam contrárias) e técnicas de aceleração dos julgamentos de recursos por meio do julgamento monocrático do Relator, a partir da iniciativa gestada pela Emenda Regimental de 1963, no STF, e que foi repercutindo pouco a pouco nos demais tribunais, a começar pelo TFR, nos termos do art. 63 da Lei 5.010/66, até chegar-se na atual redação do art. 557 do CPC/73, mantida no art. 932, IV e V, do CPC/15.

Com o CPC/15, insere-se no sistema processual brasileiro a técnica dos precedentes, a bem da verdade um consectário lógico da atividade jurisdicional na interpretação do texto legal, sobretudo diante do conceito contemporâneo de norma jurídica, não como algo dado pelo legislador, mas como algo dialógica, dialética e colaborativamente construído entre o juiz e as partes, em contraditório substancial, enfim como resultado da interpretação/aplicação do texto legal no caso concreto (ou seja, que o texto legal é diferente da norma jurídica).

Para tanto, é significativa essa passagem de ex-Ministro do STF: “Temos para nós que a estratificação do Direito pela uniformização imutável da jurisprudência é um mal tão grande quanto o da poliformia jurisprudencial contemporânea. E, no entanto, curiosamente, reunidos os dois males, reparadas as arestas, burilados os conceitos e trabalhadas as ideias que os geraram, se pode chegar a um objetivo comum: justiça igual. Para tanto, é preciso que os enunciados uniformizadores não sejam desprezados, mas também que não se estratifiquem, que não se perpetuem” (Sidney Sanches, Uniformização de jurisprudência, 1975, p. 8, apud Mancuso, cit, p. 32).

Avulta a atualidade do pensamento de Carlos Maximiliano: “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante” (Hermenêutica e aplicação do Direito, p. 184).



Se assim é, e considerando o disposto nos art. 489 e 927 do CPC/15, temos um longo caminho pela frente, objetivando dar mais um passo na construção da jurisprudência e dos precedentes nela contidos.

A tendência é que as Súmulas venham a ser compreendidas a partir dos motivos determinantes dos precedentes que lhes serviram de base, até porque a compreensão de *ratio decidendi* de um precedente implica precisamente na busca e no entendimento das circunstâncias fáticas dos precedentes que lhes serviram de base (art. 926, §2º, CPC/15).

Dessa breve análise do conceito de jurisprudência e de sua relação com súmula e precedente, deixamos uma impressão a respeito das técnicas de uniformização de jurisprudência atualmente predispostas em face daquelas previstas no CPC/15: o incidente de uniformização de jurisprudência dos artigos 476/479 do CPC/73 e a técnica de assunção de competência prevista no art. 555, §1º do CPC/73, foram unificados pelo incidente de assunção de competência previsto no art. 947 do CPC/15.

***Clayton de Albuquerque Maranhão**

Desembargador do TJ-PR e Professor Universitário

Possui graduação em Direito (1987), mestrado em Direito (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002). Foi pesquisador convidado junto ao Istituto di Diritto Processuale Civile da Università Degli Studi di Milano, Itália, no ano acadêmico 1994/95. Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Paraná e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Desenvolve atividade acadêmica na área do Direito Processual Civil, com ênfase nas vias de acesso à Justiça e nas técnicas de prestação jurisdicional efetiva.



PROVAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Eduardo Cambi*

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense
(UNIPAR)

Sumário: 1. Introdução; 2. Disposições gerais; 2.1. Princípios probatórios; 2.1.1. Princípio da atipicidade dos meios de prova; 2.1.2. Princípio da vedação das provas ilícitas; 2.1.3. Princípio da não-hierarquização das provas; 2.1.4. Princípio da persuasão racional do juiz; 2.1.5. Princípio da aquisição processual/comunhão da prova; 2.1.6. Princípio da oralidade; 2.1.6.1. Concentração dos atos processuais na audiência; 2.1.6.2. Imediação na colheita das provas; 2.1.6.3. Identidade física do juiz; 2.2. Distribuição dinâmica do ônus da prova; 2.3. Produção antecipada de provas; 3. Provas em espécie; 3.1. Prova testemunhal; 3.2. Prova pericial. 4. Conclusão.

1. Introdução



Novo Código de Processo Civil (NCPC) traz diversas novidades no tratamento do direito probatório.

Dos 1.072 artigos do NCPC, mais de 10%, isto é, 115 (arts. 369 a 484) dispositivos versam diretamente sobre as provas.

A relevância das provas se dá porque o direito nasce dos fatos (*ex facto oriatur ius*) e sem elas não se conhecem os fatos.

A prova é importante tanto para as partes, porque oportunizam chances para demonstrar a veracidade de suas alegações, quanto para o órgão judicial, responsável pela justiça das decisões.

O presente texto visa pontuar algumas das principais inovações trazidas pelo NCPC no Capítulo das provas.

2. Disposições gerais

2.1. Princípios probatórios

A teoria geral da prova é iluminada por diversos princípios probatórios que norteiam a compreensão dos institutos probatórios.

Por isso, é importante começar entender as novidades trazidas pelo NCPC a partir dos reflexos que têm nos princípios que regem às provas.

2.1.1. Princípio da atipicidade dos meios de prova

O NCPC (art. 369), a exemplo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC-73) adota o princípio da atipicidade dos meios de prova, pelo qual todos os meios legais (prova documental, testemunhal, pericial e depoimento pessoal), mas também os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei processual, podem ser utilizados para levar ao conhecimento dos fatos

pertinentes e relevantes para o julgamento do processo.

O NCPC inova ao regulamentar a prova emprestada (art. 372), que são trasladados da documentação da prova constituída em outro processo. Está fundamentada na economia processual, pois evita que a atividade probatória se repita sem necessidade, e baseada na unidade da jurisdição (o juiz criminal e o cível, por exemplo, tem atribuições diferentes, mas igualmente exercem a função jurisdicional). A eficácia e a validade das provas emprestadas estão centradas na garantia do contraditório. Respeitado o contraditório no processo onde a prova foi produzida (v.g., ouvida a testemunha), não é necessário que as partes sejam as mesmas no processo para onde tais provas são trasladadas. Basta que o adversário daquele que pretenda aproveitar a prova tenha sido parte no processo de origem e participado do contraditório que ensejou à formação dessa prova. Por exemplo, motorista de empresa de transporte coletivo é condenado por homicídio culposo (art. 302/ Lei 9.503/97) na esfera criminal. A mãe da vítima ajuíza ação de reparação de danos, em face da empresa em que o motorista trabalhava, que tem responsabilidade objetiva (art. 932, inc. III, CC). A empresa denuncia a lide (ação regressiva), em face do funcionário e pede o empréstimo da prova que serviu para a sua condenação na esfera penal. Como o empregador não foi parte no processo penal, a empresa pode rediscutir o fato ou a sua autoria, porque a indiscutibilidade dessas questões, já decididas no juízo criminal (art. 935/CC), não atinge terceiros (limite subjetivo da coisa julgada material; art. 472 do CPC-73 e 506/NCPC). A valoração da prova emprestada depende da convicção do juiz que é formada em contexto diferente do processo de origem e, por isso, pode receber peso diverso do que foi antes atribuído. Portanto, é equivocado o Enunciado nº 52 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (“Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária”) seja porque as partes não precisam ser idênticas no processo de origem e no de destino, seja porque o valor da prova pode ser diferenciado em ambos os processos.

O NCPC também regulamentou a ata notarial (art. 384), pela qual a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados por ata lavrada por tabelião. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos também podem constar da ata notarial. Os atos descritos pelo tabelião possuem fé pública, isto é, tem presunção relativa de autenticidade. Porém, o que se presume verdadeiro é a declaração realizada, não a veracidade do fato declarado. A ata notarial é importante para descrever circunstâncias sujeitas à permanentes modificações (como uma página nas redes sociais) e, assim, servir de elemento de prova para demonstrar a existência do direito material (v.g., prática abusiva contra o consumidor).



Um tema que não foi regulamentado pelo NCPC foi a figura do *informante confidencial* (art. 5º, inc. XIV, CF). Ao se arrolar uma testemunha, cabe à parte apresentar, sempre que possível, o nome, a profissão, o estado civil, a idade, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas, o número de registro de identidade e o endereço completo da residência e do local de trabalho. A redação do artigo 450 do NCPC é mais minuciosa que a do artigo 407 do CPC-73, pois inclui a necessidade de mencionar o CPF e o RG. Isso para evitar homônimos, permitir que a parte contrária tenha mais elementos para contraditar a testemunha e, para caso a testemunha não seja encontrada, seja mais fácil a sua localização pelos sistemas de busca. O informante confidencial é a pessoa que procura uma autoridade pública para trazer a notícia da prática de um crime, de um ato de improbidade administrativa ou de qualquer outro ilícito, mas tem receio de sofrer represálias. Por exemplo, alguém procura a Promotoria de Defesa do Patrimônio Público para que o Ministério Público investigue ato de corrupção, desde que o membro do *parquet* não revele sua identidade. É possível perguntar se tais informações podem ser usadas em juízo com fundamento no artigo 369 do NCPC. Não há dúvida que a investigação pode partir de fatos concretos, ainda que partam de notícias anônimas, mas, para buscar a condenação, é preciso que tais informações se confirmem com outras provas produzidas nos autos, ainda que o depoimento do informante confidencial possa ser mantido em segredo, para resguardar o sigilo profissional do Ministério Público.

2.1.2. Princípio da vedação das provas ilícitas

O artigo 5º, inc. LIV, da CF, afirma serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito. Trata-se de um limite ético-político à busca da verdade, porque o processo é uma conquista civilizatória, para proporcionar decisões justas, não podendo ser compreendido como uma guerra onde os fins justificam os meios.

Embora o NCPC não tenha avançado nessa matéria, ao contrário do Anteprojeto do NCPC que previa a regulamentação das provas ilícitas no processo civil, o seu artigo 8º determina que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, deva observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma, o legislador reforça a ideia de que não há direitos nem garantias fundamentais absolutos, havendo a necessidade da máxima harmonização entre os direitos/garantias fundamentais. Assim, é possível advogar, por exemplo, a relativização do sigilo bancário, para apurar a capacidade econômico-financeira do devedor de alimentos, quando tal meio de prova é o único ou o mais relevante para evidenciar a exteriorização da riqueza do alimentante.



Em contrapartida, o NCPC avança na regulamentação do direito ao silêncio (art. 379). Dá dimensão civil à regra contida no artigo 5º, LXIII, CF (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”). É certo que ninguém pode ser compelido a falar algo contra a sua vontade. Mas o direito ao silêncio não deve incluir os casos de provas não invasivas, como a que depende de *material genético* que somente pode ser fornecido pelo demandado.

Além disso, o NCPC afirma que terceiros podem ser compelidos a exigir coisa ou documento que estejam em seu poder. Em caso de descumprimento da ordem, o juiz pode impor multa ou outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias (art. 380, par. ún., NCPC). Com isso, fica revogada a Súmula 372 do STJ (“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”).

2.1.3. Princípio da não-hierarquização das provas

Na teoria, todas as provas, *a priori*, devem ter a mesma relevância. No entanto, na prática, tal teoria se revela falha, pois há o predomínio da prova documental/pericial, sobre a prova testemunhal. Isso porque a representação do fato no documento é imediata, enquanto a representação do fato, pela testemunha, é mediata (fixa-se, primeiro, na memória humana e, por intermédio dela, reproduz-se na representação).

Tanto o CPC-73 (art. 400) quando o NCPC (art. 443) ressaltam a predominância desses meios de prova, ao estabelecerem que o juiz indeferirá a prova testemunhal, quando os fatos já estiverem provados por documento ou confissão da parte, bem como só por documento ou exame pericial puderem ser provados.

2.1.4. Princípio da persuasão racional do juiz

O artigo 131 do CPC-73 afirma que o juiz apreciará “livremente” a prova, mas tem o dever indicar na sentença os motivos do seu convencimento. O artigo. 371 do NCPC: suprime a expressão “livremente”.

Isso não significa que o princípio do livre convencimento do juiz foi abolido pelo NCPC. Tal princípio nunca existiu.

A valoração judicial da prova está relacionada ao “contexto da descoberta” e ao “contexto da justificação”. Portanto, não importa como o juiz formou o seu convencimento, mas como é que ele motiva racionalmente a hipótese decisória considerada por ele como sendo a melhor.



Se o processo é mero instrumento para a realização dos direitos materiais, não podendo as formas serem mais importantes que os direitos substanciais, a função do processo deve ser a de proteger o direito material de quem tem razão. Por isso, é necessário desenvolver técnicas processuais que se adequem a melhor promoção do direito material.

Com efeito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência podem construir *standards judiciais* (ou modelos de constatação) com critérios objetivos de valoração da prova que levem em consideração as peculiaridades do direito material (*v.g.*, direitos patrimoniais, direitos de família, improbidade administrativa e direitos transindividuais).

2.1.5. Princípio da aquisição processual/comunhão da prova

A prova não tem dono. É do processo. Não importa quem a produza. Ela pode servir tanto para acolher quanto para rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção.

Nisso consiste o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas. Ele está formulado, de forma mais clara, no artigo 371 do NCPC, ao estabelecer que o juiz apreciará a prova constante dos autos *independentemente* do sujeito que a tiver promovido.

Por isso, o ônus da prova é *imperfeito*. Assim, ainda que o autor não demonstre o fato constitutivo de seu direito, pode ter seu pedido acolhido, se a prova é produzida pela parte contrária ou por influência dos poderes instrutórios do juiz (art. 370/NCPC). De igual modo, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor podem chegar ao conhecimento do juiz em razão de provas produzidas pelo próprio demandante (*v.g.*, oitiva de testemunhas arroladas pelo autor ou de esclarecimentos trazidos pelo assistente técnico por ele contratado).

2.1.6. Princípio da oralidade

A oralidade é a síntese da promoção do diálogo entre todos os sujeitos processuais. Permite a reunião do juiz, das partes e daqueles que podem contribuir para o conhecimento dos fatos e da elucidação da causa.

O princípio da oralidade contempla os seguintes subprincípios: a) o da concentração dos atos processuais em audiência; b) a imediação na colheita da prova; c) a identidade física do juiz.

2.1.6.1. Concentração dos atos processuais na audiência

As provas podem ser classificadas em *constituídas* e *constituendas*. Aquelas são as provas documentais, produzidas fora do processo, mas cuja autenticidade e veracidade são objeto dos



debates processuais. Estas são produzidas no interior do processo, com a possibilidade de participação direta das partes na sua formação (depoimento pessoal e provas testemunhal e pericial).

A audiência de instrução é o *palco da oralidade*. Após o apregoamento das partes e dos respectivos advogados, desde que frustrada a tentativa de solução consensual dos conflitos, a prova é produzida na ordem estabelecida pelo artigo 361 do NCPC: esclarecimentos de peritos e de assistentes técnicos, depoimentos pessoais e oitiva de testemunhas.

A efetividade dessa audiência, para a mais rápida resolução do processo, exige estudo prévio dos argumentos discutidos para que, a partir da produção das provas, as partes possam realizar os debates e o juiz proferir a sentença. Caso contrário, o princípio da oralidade é mitigado e o diálogo que deveria ser imediato acaba sendo por escrito.

Para que a audiência seja una e contínua, não vindo a sofrer interrupções com a necessidade de expedição de cartas precatórias, o NCPC incentiva a utilização de videoconferência ou outro recurso tecnológico (arts. 236, § 3º, 385, § 3º, 453, § 1º e 461, § 2º).

2.1.6.2. Imediação na colheita das provas

O princípio dispositivo deve nortear a atuação dos sujeitos processuais. É a parte quem tem o ônus de alegar e de provar. É ela que melhor conhece os fatos. O ônus maior é do autor, pois é ele quem quer mudar o *status quo*.

O juiz não pode conhecer os fatos. Não pode ser ao mesmo tempo magistrado e testemunha (art. 144, inc. I, NCPC). Se o juiz pudesse julgar com base nos fatos que testemunhou, restaria comprometida a sua imparcialidade e, conseqüentemente, a efetividade das garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 459 do NCPC consagra o princípio dispositivo, ao determinar que as partes formulem perguntas diretamente às testemunhas. Com isso, altera-se a regra do 416/CPC-73 que determinava que o juiz é quem deveria interrogar as testemunhas. Com isso, as perguntas deveriam ser dirigidas, pelos advogados, ao juiz e não formuladas, diretamente, às testemunhas. Dessa forma, o artigo 459 do NCPC se aproxima do modelo adotado no artigo 212 do Código de Processo Penal (com a redação determinada pela Lei nº 11.690/2008).

Nesse modelo, compete ao juiz o papel de controlar a forma e o conteúdo das perguntas. Deve indeferir aquelas que induzam a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto



da atividade probatória ou importem em repetição de outra já respondida.

Também é papel do juiz zelar para que as partes tratem as testemunhas com urbanidade e não façam perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias.

As perguntas indeferidas pelo juiz, a requerimento da parte prejudicada, devem ser reduzidas a termo e constarem na ata da audiência. Documentar tais perguntas é importante para que a parte que se sinta prejudicada possa, diante da impossibilidade de interpor agravo de instrumento pelo NCPC (pois esta hipótese não está expressamente arrolada no artigo 1.015), sustentar preliminar de cerceamento de defesa e de violação do direito à prova, no recurso ou nas contrarrazões de apelação (art. 1.009, par. 1º, NCPC).

Apesar do *caput* do artigo 459 do NCPC ter adotado o princípio dispositivo, o § 1º deste mesmo artigo, de forma não sistemática e sem compromisso científico, retrocede ao estabelecer que a inquirição da testemunha pelo juiz pode ser antes ou depois das partes. O ônus da prova é da parte e, por isso, é ela quem deve inquirir a testemunha em primeiro lugar. O poder instrutório do juiz é *suplementar* ao das partes e, assim, o magistrado somente deve intervir na produção a prova testemunhal quando as perguntas formuladas pelos advogados dos litigantes não forem suficientes para elucidar as questões de fato pertinentes e relevantes para o julgamento da causa (exegese do art. 370 do NCPC).

2.1.6.3. Identidade física do juiz

Consiste no dever do juiz, que concluir a audiência de instrução e julgamento, de proferir sentença de mérito no processo civil. Trata-se de uma questão lógica: quem colheu a prova é que tem maior conhecimento dos fatos e, portanto, está em melhores condições de julgar a causa.

A identidade física do juiz estava contemplada no artigo 132 do CPC-73. Todavia, como havia muitas exceções à regra da identidade física, que não se aplicava ao juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, o legislador optou por não reproduzir a mesma regra no NCPC. Isso não significa que o juiz que instruiu o processo deixe de ter o dever de julgar a causa.

Portanto, ainda que o NCPC não tenha adotado de forma expressa a mesma regra do artigo 132 do CPC-73, pelo princípio da oralidade, que rege a colheita das provas, persiste o dever do juiz, que instruir o processo, de julgá-lo, salvo se, excepcionalmente, não possa fazê-lo, em razão de ter sido convocado, licenciado, afastado, promovido ou aposentado.



2.2. Distribuição dinâmica do ônus da prova

O artigo 373, *caput*, do NCPC manteve a regra da distribuição do ônus da prova contida no artigo 333 do CPC-73: cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O NCPC, contudo, avança para admitir a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a fim de que a técnica processual se aproxime do direito material.

Nem sempre o autor tem condições de produzir a prova do fato constitutivo de seu direito. Negar essa realidade seria criar um *ônus diabólico*, isto é, extremamente excessivo que culminaria na negação do direito material.

Reconhecendo a dificuldade do consumidor de sempre produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, o artigo 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.078/90 adotou a possibilidade de inversão do ônus da prova, pelo juiz, quando suas alegações fossem verossímeis ou quando, segundo as regras ordinárias de experiências, ele fosse considerado hipossuficiente.

O artigo 373, § 1º, do NCPC permite que o juiz deixe de aplicar a regra de que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, quando houver previsão legal (*v.g.*, art. 6º, inc. VIII, CDC), quando for impossível ou excessivamente difícil cumprir a regra geral (*ônus diabólico*) ou, ainda, quando for mais fácil para a outra parte a obtenção da prova do fato contrário.

A teoria da distribuição dinâmica das provas tem como fundamentos a promoção da isonomia em sentido substancial (dar às partes oportunidades iguais de convencer o juiz de que tem razão) e no direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (art. 5º, inc. XXXV, CF), que vincula tanto o legislador quanto o juiz na construção de técnicas processuais capazes de atender às necessidades do direito material.

A aplicação do artigo 373, § 1º, do NCPC pode facilitar a promoção dos direitos difusos. Por exemplo, em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, pedindo a remoção de torre de telefonia celular próxima de uma escola, cabe a empresa de telefonia – por auferir os lucros da atividade e por ter maior facilidade de obtenção da prova em sentido contrário - o ônus da prova de que a transmissão de sinais de telefonia em área destinada a atividades educacionais não prejudica à saúde pública. Se tal teoria fosse aplicada seria diferente o julgado do TJ/PR (5ª Câmara Cív. – Ac. 20.468) que, aplicando o artigo 333 do CPC-73, na referida ação civil pública, deixou de inverter o ônus da prova.



Porém, é certo que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova está sujeita à limitações materiais e formais. O litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em *posição privilegiada*, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade (art. 373, § 1º, NCPC). O ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado. Não se pode consagrar a *probatio diabólica* reversa (art. 373, § 2º, NCPC).

Além disso, a decisão que aplica o art. 373, § 1º, deve ser fundamentada, sob pena de ser nula (art. 93, inc. IX, CF), bem como a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das provas não pode se dar na sentença, para não retirar a oportunidade da parte contrária de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (respeito à garantia constitucional do contraditório).

2.3. Produção antecipada de provas

No CPC-73 (arts. 846-851), a produção antecipada das provas estava prevista como medida cautelar. O NCPC (arts. 381-383/NCPC) inova ao não exigir sempre o requisito do perigo para a antecipação da prova (isto ocorre apenas na hipótese do art. 381, inc. I, NCPC).

Com isso, contempla o *direito autônomo à prova*. Não há a necessidade, pois, de o autor indicar qual será a “ação principal” a ser proposta.

A produção antecipada da prova é admitida para o prévio conhecimento dos fatos, o que pode viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como justificar ou evitar o ajuizamento da ação.

Tal procedimento visa, portanto, a reunião de provas para que a própria parte se convença da consistência da sua pretensão. *Mutatis mutandis*, a situação se equipara ao inquérito civil para o Ministério Público, que é um procedimento voltado a colher elementos de convicção para que o órgão ministerial identifique se ocorre circunstância que enseja eventual propositura de ação judicial.

A produção antecipada de prova do Direito brasileiro (arts. 381-383/NCPC) é diferente da *discovery* norte-americana, que é fase pré-processual obrigatória, devendo a parte contrária conhecer as provas antes da ação ser ajuizada.



De qualquer modo, a inovação trazida pelo NCPC permite evitar a judicialização imediata de demandas. Ou, ainda, facilitar a autocomposição (como aliás decorre da experiência do MP que, no inquérito civil, a partir da comprovação dos fatos, pode buscar a celebração de termo de ajustamento de conduta) ou, no limite, possibilitar o ajuizamento mais consistente da ação.

A finalidade do procedimento antecipado de provas é a formação do convencimento das partes, não do juiz. O juiz não se pronuncia sobre a ocorrência ou não do fato, nem sobre suas consequências jurídicas (art. 382, § 2º, NCPC). A intervenção judicial se restringe à obtenção da prova.

Como não há valoração dos fatos nem, tampouco, a resolução de questões de mérito, o processo é encerrado com a prolação de sentença homologatória sem autoridade de coisa julgada material. De qualquer forma, para evitar a renovação da mesma atividade probatória, deve o juiz, com base no artigo 370 do NCPC, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Os autos ficam em cartório, pelo prazo de um mês, para a extração de cópias e certidões pelos interessados. Depois desse prazo, os autos são entregues ao promovente da medida (art. 383/NCPC).

3. Provas em espécie

3.1. Prova testemunhal

Embora o artigo 447, § 1º, inc. III, considere a pessoa com menos de 16 (dezesesseis) anos incapaz para depor, o NCPC inova ao permitir que o juiz, sendo necessário, admita o depoimento de testemunhas menores.

Desse modo, o NCPC se compatibiliza com o artigo 12 da Convenção das Organizações das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24.09.1990, aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990, pela qual os Estados Partes se comprometeram a assegurar à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, inclusive em todo processo judicial ou administrativo que a afete, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. O NCPC também se harmoniza com as regras pertinentes ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação atribuída pela Lei nº 12.010/2009 (arts. 28, §§ 1º e 2º, 45, § 2º, 161, § 1º, 164 e 168).



O artigo 454 do NCPC também ampliou o rol de autoridades previstas no artigo 411 do CPC-73 com prerrogativa em relação ao local, hora e dia para prestar depoimento (incluindo, por exemplo, os Conselheiros do CNJ e do CNMP). Duas novidades importantes passam a nortear o depoimento dessas autoridades. Em primeiro lugar, se passar mais de um mês sem que a autoridade faça uso de suas prerrogativas, cabe ao juiz designar dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente na sede do juízo (art. 454, par. 1º, NCPC). Tal técnica processual (art. 454, par. 2º, NCPC) está em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF). Surgiu como uma prática inovadora no julgamento do Mensalão (Ação Penal 470-Questão de Ordem: Réu: Paulo Pereira da Silva), quando o Supremo Tribunal Federal interpretou o artigo 221 do CPP: Ademais, se a autoridade designar dia, hora e local, mas deixar de comparecer sem justificativa perde tal prerrogativa, cabendo ao juiz designar dia, hora e local para o depoimento, preferencialmente em juízo (art. 454, par. 3º, NCPC).

Por outro lado, o NCPC, ao contrário do art. 624.3 do CPC português, não prevê o dever das partes indicar quais os fatos a parte pretende elucidar com a autoridade arrolada como testemunha, a fim de se evitar o desperdício de tempo. Entretanto, a partir da exegese do art. 370, par. ún., do NCPC (que permite ao juiz indeferir, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias) e da garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), entende-se que o juiz tem o dever de questionar quais fatos, especificamente, a parte pretende provar com a indicação dessas testemunhas.

Outra novidade, trazida pelo NCPC, é a intimação da testemunha pelo advogado para comparecimento à audiência de instrução e julgamento (art. 455). É, pois, ônus da parte, por intermédio de seu advogado, comunicar a testemunha. Cuida-se de um corolário do princípio da colaboração e cooperação processuais (art. 6º/NCPC). Cabe ao advogado levar a testemunha, independentemente de intimação, ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, hora e local da audiência, por carta com aviso de recebimento. Com isso, altera-se a forma de intimação das testemunhas que, pelo artigo 412 do CPC-73, era comunicada, via de regra, por mandado do oficial de justiça para comparecer em juízo. Como se trata de um ônus da parte, o não comparecimento da testemunha, a que o advogado se comprometeu a trazer, ou a falha na comunicação (ausência de juntada da carta com aviso de recebimento, pelo menos três dias antes da audiência), implica a desistência da oitiva da testemunha. Com isso, promove-se a garantia da duração razoável do processo e evita o arrolamento de testemunhas com endereços, sabidamente, inexistentes.



As quatro exceções à regra de que cabe à parte intimar a testemunha estão arroladas no artigo 455, § 1º, do NCPC, em que a comunicação deve se dar por oficial de justiça. a) quando for frustrada a intimação pelo advogado ou sua necessidade for devidamente demonstrada ao juiz; b) quando figurar como testemunhas servidores públicos ou militares; c) quando a testemunha for uma das autoridades que gozam de prerrogativa de local, dia e hora para depor (aquelas previstas no art. 454); d) quando a testemunha for arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública.

No entanto, a falha na comunicação judicial e a conseqüente ausência da testemunha em audiência gera nulidade processual relativa. Cabe a parte prejudicada demonstrar o prejuízo causado (cerceamento de defesa/violação do direito à prova). Caso contrário, o Judiciário, pelos princípios da instrumentalidade das formas e da impossibilidade de decretar nulidade sem a demonstração do prejuízo, não deve decretar a nulidade.

De qualquer modo, é dever da testemunha comparecer em juízo. A testemunha que, regularmente intimada, deixa de comparecer sem motivo justificado, será forçosamente conduzida e responderá pelas despesas do adiamento da audiência (arts. 455, par. 5º, e 379/NCPC ou 341 e 412 do CPC-73).

Por fim, tanto o artigo 413 do CPC-73 quanto o artigo 456 do NCPC estabelecem a ordem da inquirição de testemunhas. O juiz deve inquirir primeiro as testemunhas do autor e depois as do réu. O NCPC, no artigo 456, par. ún., consagrou a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*v.g.*, RMS 41.439/DF, MS 9.795/DF e REsp. 35.786/SP) de que é possível a inversão dessa ordem, desde que não cause prejuízo para as partes. Porém a redação do artigo 456, par. ún., do NCPC é imperfeita, pois o juiz pode inverter a ordem de oitiva, mesmo que as partes não estejam de acordo, desde que não haja prejuízo para as partes (*v.g.*, a oitiva de uma testemunha da defesa que esteja passando mal ou enferma antes das testemunhas do autor). Portanto, na exegese do artigo 456, par. ún., o juiz deve observar a proporcionalidade, a razoabilidade e a eficiência, como determina o artigo 8º do NCPC.

3.2. Prova pericial

Enquanto o artigo 145 do CPC-73 afirmava que os peritos poderiam ser pessoas físicas, escolhidas entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, o artigo 156, § 1º, do NCPC foi além para admitir como peritos, não apenas os profissionais legalmente habilitados, mas também os órgãos técnicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal.



A escolha do perito também sofreu alterações, podendo ser feita pelo juiz ou pelas partes de comum acordo.

O juiz não pode mais escolher apenas perito de sua confiança. Pelo CPC/73 (art. 145, § 1º), bastava que a escolha do juiz recaísse sobre profissional de nível universitário e inscrito no respectivo órgão de classe. Pelo NCPC, o magistrado está vinculado a cadastro previsto pelo Tribunal (art. 156, par. 1º, NCPC).

O cadastro deve ser formado pelos Tribunais a partir de consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados (art. 156, par. 2º, NCPC).

Os tribunais devem realizar avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados (art. 156, par. 3º, NCPC). A ideia é estimular o permanente estudo e atualização dos profissionais cadastrados. A questão, todavia, depende de melhor regulamentação.

Somente se não houver, no cadastro disponibilizado pelo Tribunal, perito para atuar na localidade o juiz poderá escolher profissional ou órgão técnico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia (art. 156, par. 5º, NCPC).

Porém, não basta que a escolha do juiz recaia sobre profissional cadastrado. Outros critérios objetivos e impessoais devem ser levados em consideração pelo juiz para a escolha do perito, tais como a experiência, o currículo, a idoneidade, a seriedade, a confiança, a credibilidade e a imparcialidade.

Por outro lado, as partes, de comum acordo, podem escolher o perito. Trata-se de um desdobramento do negócio jurídico processual (arts. 190 e 471), que se torna admissível desde que preenchidos dois requisitos essenciais: i) as partes devem ser plenamente capazes; ii) a causa deve admitir solução por autocomposição. O perito, nessa hipótese, é considerado um facilitador. Por isso, as partes podem escolher perito que não esteja no cadastro do Tribunal (art. 168, par. 1º, NCPC).

Além disso, o artigo 473 do NCPC – diferentemente do CPC-73 – prevê critérios mínimos para o laudo pericial, valendo destacar: a) a exposição do objeto da perícia; b) a análise técnica ou científica dos fatos à luz da fonte das provas (pessoa e/ou coisa); c) a indicação do método utilizado, demonstrando que é aceito pelos especialistas da área de conhecimento que originou

(evidenciando que o método é acolhido no meio acadêmico, mediante indicações bibliográficas, estatísticas ou percentuais de acerto/erro); d) a resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados: as respostas devem ser acabadas e concludentes; tal exigência, por evidente, também se aplica aos quesitos suplementares (art. 469/NCPC) e para os esclarecimentos em mesa de audiência (art. 477, § 3º, NCPC).

A linguagem usada pelo perito deve ser simples e com coerência lógica. E o perito deve indicar todos os argumentos para se chegar à conclusão (473, §1º, NCPC). Afinal, a linguagem técnica ou muito especializada foge ao conhecimento dos juízes, dos advogados e dos auxiliares da justiça. Também o laudo precisa ser claro e concludente, não podendo conter omissões, contradições nem obscuridades.

O perito também não pode extrapolar os limites de sua designação ou emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico objeto da perícia (art. 473, § 2º, NCPC). Não cabe ao perito emitir opiniões sobre questões jurídicas nem fazer interpretação de leis, jurisprudência ou doutrina.

Para o desenvolvimento de seu raciocínio, o perito pode valer-se de todos os meios de coleta de elementos e dados necessários para o desenvolvimento de seu raciocínio (art. 473, 3º, NCPC). Podem, por exemplo, juntar documentos e ouvir testemunhas. Se as testemunhas se negarem a prestar informações, caberá ao perito ou ao assistente técnico comunicar o fato ao juiz para que possam ser intimadas, a fim de serem ouvidas em juízo.

A forma como o perito obteve as informações deve ser, rigorosamente, consignada no laudo pericial, para poder ser objeto de contraditório e ampla defesa.

Os critérios, previstos no artigo 473 do NCPC, servem de parâmetros tanto para a impugnação das partes quanto para a valoração judicial da prova pericial (art. 476).

4. Conclusão

O NCPC aperfeiçoa diversos institutos de direito probatório. Amplia a possibilidade da utilização dos meios de prova, torna mais dinâmico o ônus da prova, amplia as hipóteses de produção antecipada de prova, além de consagrar modificações pontuais nas provas em espécie.

A interpretação do NCPC traz, pois, importantes desafios para os operadores jurídicos e, em especial, para o Judiciário brasileiro que, diante da mais moderna técnica processual, pode aperfeiçoar a qualidade da prestação jurisdicional.



***Eduardo Cambi**

Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Professor Universitário

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador Nacional do Projeto João Cidadão de Educação em Direitos Humanos do CNMP. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014).



INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E NA RECLAMAÇÃO: INTERPRETANDO UM SILÊNCIO E UM EXAGERO VERBORRÁGICO DO NOVO CPC.

Fredie Didier Jr.*

Pós-doutor pela Universidade de Lisboa
Advogado

Leonardo Carneiro da Cunha*

Pós-doutor pela Universidade de Lisboa
Advogado



1. Panorama sobre a intervenção do Ministério Público no processo civil após o CPC-2015.

Uma das principais razões para a criação do novo Código de Processo Civil foi a necessidade de adequar a legislação processual à Constituição Federal de 1988.

Esse ajuste constitucional era necessário em diversos pontos. Um deles, pouco resenhado nos textos sobre o novo Código, diz respeito aos casos em que é obrigatória a intimação do Ministério Público, para atuar como fiscal da ordem jurídica. O perfil constitucional do Ministério Público, reconstruído em 1988, impunha a revisão de sua participação no processo civil – como, aliás, já se defendia doutrinariamente há muitos anos[1].

O CPC-2015 fez uma claríssima opção pela equalização constitucional da intervenção do Ministério Público no processo civil, racionalizando-a. Há um conjunto de regras nesse sentido; todas podem ser reconduzidas a uma mesma norma superior: a participação do Ministério Público no processo civil, como fiscal da ordem jurídica, somente se justifica nos casos em que há interesse público, social ou individual indisponível em discussão (art. 127 da CF/1988).

O novo sistema é bem coerente. A coerência entre duas normas revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente em nível superior. Ou seja: é preciso que essas duas normas “façam sentido”, “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”[2]. Define-se a coerência, aqui, como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas[3].

Vejamos alguns exemplos:

a) Não se impõe mais a intervenção do Ministério Público em ações de estado, tal como fazia o CPC-1973 (art. 82, II, CPC-1973). Em ações de família, a intervenção do Ministério Público apenas se impõe se houver interesse de incapaz (art. 698, CPC).

b) Esclarece-se que a participação da Fazenda Pública em juízo não torna, por isso, imperiosa a intimação do Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica (art. 178, par. ún., CPC).

c) Na ação rescisória, a intimação obrigatória do Ministério Público apenas se justifica se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (art. 967, parágrafo único, CPC). Ao tempo do CPC-1973, prevalecia o entendimento de que a intervenção ministerial era obrigatória *em qualquer ação rescisória*, a despeito do silêncio normativo[4].

d) No conflito de competência, a intimação obrigatória do Ministério Público também apenas se justifica se a causa subsumir-se a uma das hipóteses gerais de intervenção (art. 951, parágrafo

único, CPC). No CPC-1973, havia dispositivo que expressamente impunha a participação do Ministério Público em *todos* os conflitos de competência (art. 116, parágrafo único, CPC-1973).

e) Discussão antiga também foi resolvida pelo CPC-2015: a intervenção do Ministério Público em jurisdição voluntária. A redação do art. 1.105 do CPC-1973 levava ao entendimento de que a sua participação era obrigatória em *qualquer* procedimento de jurisdição voluntária. Havia quem pensasse de outra maneira: a intimação do Ministério Público era indispensável apenas nos casos de jurisdição voluntária que se encaixassem em uma das hipóteses gerais do art. 82 do CPC-1973. O problema agora foi resolvido expressamente nesse último sentido (art. 721, CPC).

Mas o CPC-2015 também trouxe *novas hipóteses de intimação obrigatória do Ministério Público*, afinal o ajuste constitucional não se restringe a eliminar hipóteses desnecessárias de intervenção, mas, também, acrescentar casos em que se intervenção se impõe.

a) Inclui-se a hipótese de intervenção obrigatória do Ministério Público nos casos de conflito coletivo sobre propriedade urbana (art. 178, III, CPC). No CPC-1973, a intervenção era obrigatória apenas nos conflitos coletivos sobre propriedade *rural*. A regra. A inclusão é bem-vinda, não apenas porque não há razão para distinguir o conflito coletivo de propriedade pela localização do bem, mas, sobretudo, pelo recrudescimento dos conflitos coletivos urbanos no país – os casos “Pinheirinho”, em São Paulo, e “Cais Estelita”, em Recife são notórios e emblemáticos.

b) Criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e segs., CPC), que serve, a um só tempo, como técnica de gestão e julgamento de casos repetitivos e como procedimento de formação concentrada de precedentes obrigatórios. A participação do Ministério Público nesse incidente é *corretamente* obrigatória (art. 982, III, CPC): de um lado, amplia-se a cognição, qualificando o debate para a formação do precedente, de outro, garante a fiscalização na criação de uma norma jurídica de origem jurisdicional, que será de observância obrigatória pelo próprio tribunal e por todos os juízes a ele vinculados.

Convém destacar que, em qualquer caso de intervenção obrigatória do Ministério Público, é suficiente sua intimação, não sendo necessária sua manifestação. Com efeito, o STF, ao julgar a ADIn 1.936-0, reafirmou seu entendimento segundo o qual a falta de manifestação do Ministério Público, nos casos em que deve intervir, não acarreta a nulidade do processo, desde que tenha havido sua regular intimação. De acordo com o STF, para se atender à exigência normativa de sua intervenção, basta a intimação do Ministério Público, sendo prescindível seu pronunciamento expresso.



O panorama do novo perfil da intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro permite que se chegue a uma conclusão: para manter a coerência do sistema, é preciso interpretar dispositivos que imponham a participação do Ministério Público nesse mesmo sentido e, ainda, se for o caso, preencher eventuais lacunas legislativas.

Essa conclusão é o ponto de partida para a solução de dois problemas que o novo CPC trouxe: a) é obrigatória a intimação do Ministério Público em qualquer reclamação, como dá a entender o art. 991, CPC?; b) é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência, tendo em vista o silêncio do CPC no particular?

Para cada pergunta, um item a seguir.

2. Intervenção do Ministério Público na reclamação.

O procedimento da reclamação constitucional está integralmente regulado no CPC; essa é, inclusive, uma das novidades. Até então, a reclamação estava regulada na Lei n. 8.038/1990, arts. 13-18; esses artigos foram revogados (art. 1.072, IV, CPC-2015) e todo o regramento foi incorporado ao texto do CPC (arts. 988-993).

O CPC manteve, sem maiores alterações, o procedimento da reclamação, tal como previsto na Lei n. 8.038/1990. Esse procedimento foi claramente inspirado no procedimento do mandado de segurança: exigência de prova pré-constituída, possibilidade de tutela provisória, informações da autoridade coatora e intervenção do Ministério Público.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público, a mera repetição do enunciado do art. 16 da Lei n. 8.038/1990 no art. 991 do CPC-2015 foi irrefletida e não está em consonância com o padrão encampado pelo código, tal como visto no item anterior.

Não há razão para o Ministério Público intervir em *qualquer* reclamação, assim como não há razão para intervir em qualquer *ação rescisória, conflito de competência ou procedimento de jurisdição voluntária*.

O art. 991 do CPC deve ser interpretado em *harmonia* com o sistema do código: caso a reclamação se subsuma a uma das hipóteses *gerais* de intervenção previstas no art. 178, a intervenção ministerial impõe-se; apenas nesses casos; se a reclamação não se subsume, o Ministério Público não será intimado a intervir.



O dispositivo, lido isoladamente, é um fóssil legislativo. A interpretação literal do art. 991 retira-o do *contexto* do novo sistema processual civil e ecoa uma norma jurídica construída em outro tempo. É preciso atribuir-lhe um sentido coerente com a nova ordem processual e em conformidade com o perfil constitucional do Ministério Público.

A circunstância de a reclamação poder ser utilizada para garantir a autoridade de precedente obrigatório não transforma o seu objeto litigioso em um caso de interesse público, social ou individual indisponível. Precedente obrigatório é norma jurídica; reclamação para garantir a sua autoridade é ação para fazer valer uma determinada norma jurídica. Mas, rigorosamente, esse é o objeto de *qualquer ação*: concretizar o Direito. Se o Ministério Público fosse obrigado a intervir na reclamação, em razão desse fundamento, seria obrigado a intervir em qualquer ação, com muito mais razão se a ação tivesse por objetivo efetivar norma constitucional ou legal.

A reclamação constitui, nesse sentido, um meio de controle da *aplicação* do precedente. A intervenção do Ministério Público é obrigatória na *formação* do precedente. É muito importante fazer essa distinção. A dogmática dos precedentes exige que se os analise sob duas perspectivas: na sua *formação* e na sua *aplicação*. Para formar um precedente, é imperiosa a amplitude do debate, fazendo com que se imponha a intervenção do Ministério Público. A construção da norma exige amplitude de debate e de participação de todos os agentes públicos envolvidos, aí incluído o Ministério Público. Já a aplicação do precedente equivale à aplicação de uma norma, não atraindo a exigência de intervenção obrigatória do Ministério Público.

3. Intervenção do Ministério Público no incidente de assunção de competência.

De acordo com o art. 927, III, CPC, os juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Nesses casos, há previsão de incidente processual para elaboração do precedente obrigatório (arts. 489, §1º, 984, §2º, e 1.038, §3º, CPC), com natureza de processo objetivo. *É uma espécie de formação concentrada de precedentes obrigatórios* – precedentes também podem formar-se *difusamente*, é claro.

Esses procedimentos formam um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, cujas regras se complementam reciprocamente[5].

Esse microssistema estrutura-se a partir de uma técnica-eixo: a construção do precedente deve pautar-se na ampliação do debate e motivação qualificada.



O incremento da participação – e, por isso, do contraditório – dá-se a partir de diversas técnicas-satélites: seleção de causas representativas que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (art. 1.036, §6º); intervenção do *amicus curiae* (arts. 983, e 1.038, I); realização de audiências públicas (arts. 983, §1º, 1.038, II); qualificação da publicidade do processo (art. 979, §§); todos os argumentos contrários e favoráveis à tese discutida devem ser enfrentados e listados na decisão (arts. 984, §2º, 1.038, §3º)[6].

A outra técnica-satélite para qualificar o debate na formação do precedente é a intervenção obrigatória do Ministério Público (arts. 976, §2º, 1.038, III).

Sucedem que, embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público.

Esse silêncio deve ser suprido por uma interpretação *microssistemática*: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro.

O Ministério Público tradicionalmente é o terceiro *ouvido*, obrigatoriamente, quando se pretende ampliar e qualificar a discussão. A função de *fiscal da ordem jurídica* é, basicamente, para isso. Não faria sentido excluir essa participação no incidente de assunção de competência, quando ela é exigida em outros procedimentos aptos à produção de precedentes igualmente obrigatórios.

Além disso, no incidente de assunção de competência, há, sempre, como pressuposto, a discussão de relevante questão de direito, *com grande repercussão social* (art. 947, *caput*, CPC). A existência de interesse social é causa de intervenção do Ministério Público (art. 178, I, CPC). Ou seja: é ínsita ao incidente de assunção de competência a relevância social que justifica a participação obrigatória do Ministério Público.

Por uma ou por outra razão, é obrigatória a intimação do Ministério Público no incidente de assunção de competência. É preciso suprir essa lacuna legislativa.

NOTAS

[1] Toda essa discussão doutrinária resultou na Recomendação n. 16/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, que consolida a opinião em torno do tema. O art. 732 do CPC-1973, referido no texto da recomendação, corresponde aos arts. 528 e segs., CPC-2015. Eis o texto da Recomendação:

RECOMENDAÇÃO n° 16, de 28 de abril de 2010. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e pelo artigo 31, inciso VIII, do seu Regimento Interno; CONSIDERANDO a decisão unânime do Colegiado proferida na Sessão do dia 28 de abril de 2010 no procedimento n° 0.00.000.000935/2007-71; CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis; CONSIDERANDO a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re)orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente; CONSIDERANDO a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente; CONSIDERANDO a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; CONSIDERANDO a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa; CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLVE, respeitada a independência funcional dos membros da Instituição, expedir a seguinte RECOMENDAÇÃO, sem caráter vinculativo: Art. 1º. Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro do Ministério Público, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos. Art. 2º. Em se tratando de recurso interposto pelas partes nas situações em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória, resguarda-se ao agente ministerial de primeiro grau a manifestação sobre a admissibilidade recursal. Parágrafo único. Será imperativa, contudo, a manifestação do membro do Ministério Público a respeito de preliminares ao julgamento pela superior instância eventualmente suscitadas nas razões ou contrarrazões de recurso, bem assim acerca de questões novas porventura ali deduzidas. Art. 3º. É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição, podendo oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação em segundo grau. (Alterado pela Recomendação n° 19, de 18 de maio de 2011). Art. 4º. O membro do Ministério Público pode ingressar em qualquer causa na qual reconheça motivo para sua intervenção. Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V - Ação ordinária de partilha de bens; VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos¹; VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX - Ação previdenciária em

que inexistir interesse de incapazes; X - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX - Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). XXI - Assistência à rescisão de contrato de trabalho; (Revogado pela Recomendação nº 22, de 17 de setembro de 2013) XXII - Intervenção em mandado de segurança. Art. 6º. Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitada a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos. Art. 7º. Recomenda-se que as unidades do Ministério Público, no âmbito de sua autonomia, priorizem o planejamento das questões institucionais, destacando as que, realmente, tenham repercussão social, devendo, para alcançar a efetividade de suas ações, redefinir as atribuições através de ato administrativo, ouvidos os Órgãos Competentes, e, também, que repensem as funções exercidas pelos membros da Instituição, permitindo, com isto, que estes, eventualmente, deixem de atuar em procedimentos sem relevância social, para, em razão da qualificação que possuem, direcionar, na plenitude de suas atribuições, a sua atuação na defesa dos interesses da sociedade.

[2] MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252. Nesse sentido, MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 86.

[3] MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 199-200; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 373-374; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 429. Em sentido diverso, com entendimento agora encampado pelo CPC-2015, ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade no processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

[5] DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, v. 2, p. 466.

[6] O art. 896-B, CLT, incorporou ao recurso de revista do processo do trabalho o regramento do incidente de julgamento de recursos especiais extraordinários e especiais repetitivos, instituindo também, nesse mesmo dispositivo, normas próprias. A decisão daí decorrente também deve ser considerada precedente obrigatório no âmbito da Justiça do Trabalho, tendo em vista que todas essas regras inseridas na CLT por força da Lei n 13.015, de 2014 compõem um microssistema de julgamento de casos repetitivos (cf. Enunciado n. 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, compõe o microssistema de solução de casos repetitivos”). Embora a remissão seja ao CPC-1973, deve ser considerada como referente aos dispositivos correspondentes no CPC-2015: “Art. 896-B. Aplicam-se ao recurso de revista, no que couber, as normas da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.” Inclusive, no §8.º desse dispositivo também se assegura o contraditório no incidente, nos seguintes termos: “§ 8o O relator poderá admitir manifestação de pessoa, órgão ou entidade com interesse na controvérsia, inclusive como assistente simples, na forma da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)”. Note que a lei trabalhista fala em *assistente simples*, e não em *amicus curiae*.

***Fredie Didier Jr.**

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Livre-docente pela USP. Membro da Associação Internacional de Direito Processual, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor associado da Universidade Federal da Bahia, nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.

*** Leonardo Carneiro da Cunha**

Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Advogado.



A GRANDE VIRADA. O NOVO CPC E A TRANSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE FORMAL PARA O DA LEGALIDADE SUBSTANTIVA.

Jorge de Oliveira Vargas*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Professor da Escola da Magistratura do Paraná





atual Código de Processo Civil filia-se ao princípio da legalidade formal ao dispor nos seus arts. 126 e 127 que, no julgamento da lide, ao juiz cabe aplicar as normas legais, identificando-as com as leis, e que não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, considerando, portanto, os princípios gerais de direito não como normas jurídicas, mas meros suplementos no nosso ordenamento jurídico, de valor secundário. Acrescentou, por fim, que o juiz só decidirá por equidade nos casos permitidos em lei. Enfim, adotou o princípio da legalidade formal, o positivismo jurídico, para o qual a lei vale por si só, não importa se é moral ou imoral, se é justa ou injusta.

O Novo CPC foi finalmente constitucionalizado, apesar de que, pelo princípio da recepção, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, já deveria ter passado por uma filtragem constitucional.

Mas, agora está expresso. No art. 1º, consta que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, o que significa dizer que as regras processuais devem refletir os princípios constitucionais como justiça, solidariedade, pluralismo político, dignidade da pessoa humana, não discriminação (que é admitida somente para a realização da igualdade material), segurança jurídica, moralidade, devido processo legal substantivo, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, etc..

A lei não vale mais por si só, é inconstitucional a lei injusta, a lei imoral; é inconstitucional a lei que não atende ao interesse público.

O art. 8º, do Novo CPC, começa por reafirmar o que já consta no art. 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 34.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010), ou seja, de que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Portanto, foi reafirmado que o nosso ordenamento jurídico consagra a interpretação corretiva das leis, ou seja, aquelas leis que são produtos de lobby, devem ser interpretadas corretivamente. Assim, não podem ser aplicadas para atender esses interesses escusos. A lei que não se destina a atender fins sociais e às exigências do bem comum, não é lei, é corrupção de lei.

Na continuação, esse dispositivo acrescenta que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deve resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Ou seja, a lei não vale por si só, vale



apenas na proporção em que se harmonize com esses princípios constitucionais. É nisso que consiste a transição do princípio da legalidade formal para o da legalidade substantiva. Isso não significa dizer que a lei deve ser ignorada. O dispositivo é claro ao dizer que a legalidade deve ser observada, porém, não de forma isolada, mas sim em conjunto com os princípios constitucionais.

A enumeração desses princípios é meramente exemplificativa, pois o art. 1º, já citado, fala que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição, sem qualquer restrição, o que significa dizer que além daqueles princípios enumerados no mencionado art. 8º, devem ser acrescentados os da justiça, da moralidade, da segurança jurídica, do pluralismo político, do direito à boa administração, dentre outros.

Causa perplexidade o fato do Novo CPC repetir no parágrafo único do art. 140 o que dispõe o CPC atual no art. 127, ou seja, de que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Aparentemente, há uma antinomia entre esse dispositivo e o contido no art. 8º, pois neste está prevista a obrigação do juiz, no julgamento da lide, observar dentre outros princípios constitucionais, o da razoabilidade, e a razoabilidade é o novo nome dado à equidade, portanto, o juiz, no cumprimento do art. 8º, e de acordo com a Constituição Federal, deve, sempre que for o caso, julgar por equidade. Essa antinomia, como se vê, é apenas aparente.

Dessa forma, o mencionado parágrafo único do art. 140, deve ser interpretado nos termos da Constituição, ou seja, como a Constituição é a lei maior, cabe ao juiz, no julgamento da lide, decidir por equidade nos casos nela previstos.

***Jorge de Oliveira Vargas**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Pós doutor pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Professor universitário.

TUTELA CONTRA O ILÍCITO (ART. 497, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/2015)

Luiz Guilherme Marinoni*

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

SUMÁRIO: 1. A tutela contra o ilícito no CPC/2015; 2. A tutela ressarcitória pelo equivalente como resposta de um Estado não preocupado em garantir a integridade dos direitos; 3. Primeiros passos em torno do fundamento da tutela contra o ilícito; 4. O tema da tutela contra a concorrência desleal; 5. A proteção normativa aos direitos fundamentais; 6. Tutela inibitória de ilícito e tutela de remoção dos efeitos concretos derivados da conduta ilícita; 7. A impossibilidade de discussão de culpa ou dolo.

1. A tutela contra o ilícito no CPC/2015



mais importante forma de tutela jurisdicional do novo Código de Processo Civil está prevista no seu art. 497, parágrafo único. Diz esta norma: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a *tutela específica* ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único: *Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.

O art. 497, parágrafo único, do novo Código de Processual Civil consagra a necessidade de tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito, ou melhor, de tutela jurisdicional contra o ilícito. A norma elenca duas formas de tutela jurisdicional contra o ilícito: i) a tutela inibitória, que pode ser voltada contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e ii) a tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita.

Mais do que isso, a norma afirma a dissociação entre ato contrário ao direito e fato danoso, deixando claro que tais tutelas não têm como pressuposto o dano e os critérios para a imputação da sanção ressarcitória, ou seja, a culpa e o dolo.

2. A tutela ressarcitória pelo equivalente como resposta de um Estado não preocupado em garantir a integridade dos direitos

Existe um dogma – de origem romana – no sentido de que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito. Isso quer dizer que a unificação entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, já realizada no direito romano, percorreu a história do direito, inclusive do direito processual civil, sem suscitar maior inquietude de parte da doutrina. Pior do que isso: chegou -se a identificar o ilícito com o ressarcimento em dinheiro.



Portanto, é preciso perceber não apenas os motivos que conduziram à unificação entre o ilícito civil, o fato danoso e o ressarcimento em dinheiro, mas também como eles repercutiram sobre o processo civil. Embora essa história seja bastante antiga, é oportuno considerar a questão a partir do direito liberal clássico. Nessa época, diante da ideia de equivalência das mercadorias, o bem objeto do litígio era visto como uma “coisa” dotada de valor de troca. Assim, como o valor da lesão era passível de aferição em pecúnia, entendia-se que os direitos podiam ser adequadamente tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro[1].

Não se pode deixar de perceber que, dentro da lógica do liberalismo do século XIX, há um claro nexos entre o princípio da abstração das pessoas e dos bens e a tutela pelo equivalente. Se os bens são equivalentes e, assim, não merecem tratamento diversificado, a transformação do bem em dinheiro está de acordo com a lógica do sistema, cujo objetivo é apenas sancionar o faltoso, ripristinando os mecanismos de mercado. Por outro lado, se o juiz não pode dar tratamento distinto às necessidades sociais, nada mais natural do que unificar tal forma de tratamento, dando ao lesado valor em dinheiro.

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada inclusive no plano do contrato – não há razão para admitir uma intervenção judicial mais incisiva diante do inadimplemento para a obtenção da prestação *in natura*. Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, bastaria ao juiz conferir ao lesado a tutela pecuniária. A sanção pecuniária teria a função de “igualizar” os bens e as necessidades, pois se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro –, não existiria motivo para pensar em tutela judicial específica. No direito liberal antigo, os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo *negativo*, gozando dessa mesma natureza a tutela pelo equivalente[2].

Portanto, as perdas e danos seriam necessárias não só para conservar o dogma da “neutralidade” do juiz, como também para manter em funcionamento os mecanismos de mercado. No “mercado” pouco importam as qualidades do sujeito ou as dos bens, de modo que a tutela pelo equivalente, ao expressar apenas o custo econômico do valor da lesão, mantinha íntegros os mecanismos do próprio mercado, sem alterar a sua lógica[3].

Sendo o princípio da igualdade formal imprescindível para a manutenção da liberdade e do bom funcionamento do mercado, não há como pensar em forma de tutela que tome em consideração determinados interesses socialmente relevantes - ou em “técnica processual diferenciada” -, a revelar a necessidade de conferir “tratamento diferenciado” a situações e posições sociais diversas. A tutela ressarcitória pelo equivalente não se importa com as diferentes

necessidades e espécies de bens ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. Esta forma de tutela jurisdicional, na medida em que desejava apenas conservar em funcionamento o mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias[4].

Se as pessoas e os bens não precisam ser tratados de forma diferenciada também não há razão para pensar em tutela preventiva – e, muito menos, em tutela contra o ato contrário ao direito -, que assume importância apenas em um contexto de Estado preocupado em cuidar de maneira diferenciada de determinadas situações. Recorde-se que os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal-burguês, eram vistos somente como direitos de defesa contra o Estado. O direito liberal se importava com a defesa da liberdade contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais do grupo. O Estado não dirigia uma política destinada a garantir determinadas necessidades sociais, não interferindo na sociedade e no processo econômico de modo a tutelá-las.

A confusão entre tutela contra o ilícito e tutela ressarcitória pelo equivalente, portanto, tem raízes na monetização dos direitos, acentuada pelo valores do Estado liberal antigo, em que o equivalente em pecúnia, sem pôr em risco a liberdade, mantinha em funcionamento os mecanismos do mercado. A tutela jurisdicional não tinha qualquer preocupação de fazer valer o desejo das normas ou de tutelar os direitos - garantindo a sua integridade ou ripristinação - mas apenas de prestar um equivalente ao sinal da lesão, o que significa dizer que a jurisdição não tinha como meta primária a tutela dos direitos. A sanção do faltoso pressupunha a intangibilidade da sua vontade e a equivalência dos bens, a evidenciar a liberdade individual e o equilíbrio do mercado como limite e justificativa de uma tutela jurisdicional de natureza negativa.

3. Primeiros passos em torno do fundamento da tutela contra o ilícito

Uma das mais importantes conquistas da doutrina, para efeito de tutela jurisdicional adequada, está na distinção – elaborada a partir de uma revisão do conceito de ilícito civil – entre ato ilícito e fato danoso[5].

A necessidade de uma tutela antecedente ao dano levou os estudiosos a tentar explicar o fundamento e a finalidade desse tipo de tutela. Se a tutela não visa a reparar o dano, qual seria o seu fundamento e escopo? Esta pergunta foi respondida, no curso da evolução da doutrina, de várias formas.



Afirmou-se, em doutrina elaborada há bastante tempo, que a “ação” (física), em alguns casos, pode não resultar em um evento danoso; lembrou-se, ainda, que podem ser praticados atos preparatórios voltados a uma finalidade sem que a ação seja praticada e, também, que a ação pode ser apenas anunciada como propósito, sem que qualquer ato seja praticado. Muito embora não verificado o dano ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou o simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre o “ilícito de perigo” e o “ilícito de lesão”[6].

Essa distinção, realizada por Candian, é uma das tentativas iniciais de se explicar a diferença entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, a primeira voltada contra o ilícito de perigo e a segunda dirigida contra o ilícito de lesão [7]. Candian, ao mencionar uma série de casos que configurariam exemplos de tutela contra o ilícito de perigo, agrupou em uma mesma categoria a tutela cautelar e a tutela inibitória, realizando uma sensível ampliação da noção tradicional de ato conservativo[8]. Porém, transparece da doutrina de Candian uma clara preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito; quando Candian fala em ilícito de perigo, como categoria contraposta à de ilícito de lesão, fica claro que o ilícito de perigo diz respeito a um perigo de dano. É evidente, portanto, que a elaboração de Candian não pode ser aceita como adequada à explicação de tutela contra o ilícito[9], já que marcada por uma preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito[10].

Lodovico Barassi, outro conhecido civilista italiano, tratando da “prevenzione del fatto danoso”, perguntou se é possível admitir uma ação destinada “a prevenir as lesões jurídicas”. Segundo Barassi, uma ação desse tipo objetiva fazer cessar um estado atual de coisas que necessariamente deve conduzir a uma futura lesão; uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique [11]. Ao descrever alguns casos que constituiriam exemplos de tutela preventiva, adverte Barassi que as situações às quais as ações preventivas fariam referência constituiriam o ilícito de perigo, que se distinguiria, assim, do ilícito de lesão [12].

Barassi deixa transparecer com toda nitidez que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, o que não o impede, portanto, de aderir à terminologia utilizada por Candian, e de falar de “ilícito de perigo” e de “ilícito de lesão”. A tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita (ilícito de perigo) teria natureza preventiva porque destinada a impedir um futuro dano. De acordo com Barassi, a tutela preventiva pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de



coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro, e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado algum dano, provavelmente pode ocasioná-lo[13].

A posição de Barassi merece a mesma crítica que foi endereçada à doutrina de Candian. Barassi, ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita) *que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano.*

4. O tema da tutela contra a concorrência desleal

O tema da tutela contra a concorrência desleal contribuiu para a doutrina italiana estabelecer a diferença entre ilícito e dano para efeito de tutela jurisdicional. Para que se perceba a razão pela qual a doutrina foi obrigada a aprofundar o estudo do conceito ilícito é necessário considerar a estrutura normativa italiana da tutela contra a concorrência desleal, que deu origem a diversas espécies de tutelas voltadas à proteção do empresário [14].

O Código Civil italiano, ao tratar do assunto, além de estabelecer quais são os atos que configuram concorrência desleal, prevê três espécies de tutela jurisdicional: a tutela inibitória, a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória. Afirma o art. 2.599 que a sentença que declara a existência de atos de concorrência desleal inibe a sua continuação e confere as providências necessárias a fim de que sejam eliminados os seus efeitos. O art. 2.600, complementando o leque da tutela jurisdicional contra a concorrência desleal, dispõe que, se os atos são praticados com dolo ou culpa, o seu autor fica obrigado a ressarcir o dano. Note-se que o art. 2.600, ao disciplinar a tutela ressarcitória, exige a culpa ou o dolo, enquanto o art. 2.599, ao disciplinar a tutela inibitória e a tutela que tem por fim remover os efeitos dos atos praticados, prescinde de tais elementos subjetivos.

O art. 2.043 do Código Civil italiano afirma que qualquer fato doloso ou culposos, que ocasione a outrem um dano injusto, obriga ao ressarcimento do dano. Uma vez que a tutela contra a concorrência desleal, fora a tutela ressarcitória, não requer dano, culpa ou dolo, tornou-se necessária a separação das tutelas inibitória e reintegratória contra a concorrência desleal da tutela contra o dano (por ela produzido), *que até então era vista como a única tutela contra o ilícito.*

Parte da doutrina, ainda ligada à ideia de que o dano constitui elemento imprescindível à configuração do ilícito, chegou a propor uma dicotomia dos atos de concorrência desleal, os quais,



quando culposos e danosos, ficariam enquadrados no conceito de ato ilícito, e em hipótese diversa classificados de modo totalmente autônomo [15].

Uma outra parte da doutrina, porém, distanciou conceitualmente o ilícito que abre ensejo para as tutelas inibitória e reintegratória do ilícito que requer necessariamente o dano. Esta doutrina estabeleceu algumas premissas que são fundamentais dentro do esforço de revisão do conceito de ilícito. Afirmou-se que o art. 2.043 do Código Civil não descreve o ilícito – como supunha a doutrina mais antiga –, mas apenas configura a responsabilidade pelo dano. Deduziu-se, nesta linha, que a tutela ressarcitória não é a única forma de tutela contra o ilícito[16] e que a culpa é uma condição (geralmente) necessária para o ressarcimento do dano, mas não para a ilicitude do ato[17].

Para evidenciar que o dano não é elemento constitutivo do ilícito, argumentou-se que, quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato contra ius com aquela que é a sua normal consequência e isto ocorreria apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste frequentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico[18].

Bonasi Benucci distinguiu perigo e dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e de sua capacidade de provocar dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto o dano, por ser uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco a sua *fattispecie* constitutiva[19].

Note-se que esta elaboração doutrinária difere daquela construída por Candian[20], já que a concepção de Benucci fala apenas em ilícito que guarda em si o perigo de dano. Há uma unidade conceitual para o ilícito, que seria, em poucas palavras, o ato *contra ius* que pode causar dano[21].

Bonasi Benucci, contudo, ao inserir o perigo na constituição do ilícito, refere-se ao perigo como uma “potencialidade danosa”, concluindo que a tutela contra o ilícito – que seria diferente da tutela contra o dano – é uma tutela contra o perigo de dano[22].

Nessa dimensão, embora o tema da tutela contra a concorrência desleal tenha permitido identificar um ilícito que não se confunde com o ilícito danoso, a tutela contra o ilícito foi compreendida como tutela contra o perigo de dano, o que significa que a tutela contra o ilícito não chegou a ser inteiramente dissociada do dano.



5. A proteção normativa aos direitos fundamentais

A função das normas de proteção dos direitos fundamentais facilita ainda mais a distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela jurisdicional adequada. Quando o Estado assume novas preocupações sociais e, assim, passam a importar a proteção, entre outros, do meio ambiente, da saúde, da educação e da posição do consumidor no mercado, surgem normas que, objetivando tutelar estas situações de direito substancial, passam a impor condutas positivas e negativas.

O direito do consumidor, por exemplo, constitui direito fundamental que requer proteção normativa. Perceba-se que o direito ambiental também pode ser pensado – dentro da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – como um direito à proteção. Ou melhor, o bem ambiental, visto como fundamental para a organização social, deve ser protegido por meio de normas impositivas e proibitivas de condutas.

Para a efetiva proteção desses direitos, ou melhor, para a realização das normas que objetivam lhes dar proteção, é indispensável a tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, a tutela da norma, vista como tutela jurisdicional destinada a inibir a violação da norma ou a remover os efeitos concretos derivados da sua violação. Ora, se o ordenamento jurídico dos dias de hoje deve proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas, e por esta razão são editadas normas de direito material, é necessário que o processo civil seja estruturado de modo a atuá-las.

Perceba-se, enfim, que a possibilidade de se requerer uma tutela independentemente da existência de dano tem relação com o próprio conceito de norma jurídica, uma vez que se a única sanção contra o ilícito fosse a obrigação de ressarcir, a própria razão de ser da norma estaria comprometida. Só isso demonstra a necessidade de o processo abandonar a indevida associação entre ilícito e dano, que até hoje faz pensar que a tutela contra o ilícito futuro é tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra o ilícito passado é tutela ressarcitória[23].

6. Tutela inibitória de ilícito e tutela de remoção dos efeitos concretos derivados da conduta ilícita

Como já dito, imaginou-se que a lei, por obrigar quem comete um dano a indenizar, não diferenciava ilícito de dano, ou melhor, considerasse o dano como elemento essencial e necessário da *fattispecie* constitutiva do ilícito[24]. Entretanto, o dano não é uma consequência



necessária do ato ilícito. O dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito[25].

Se a tutela contra o ilícito danoso não exclui a tutela para evitar o dano, como se viu mediante as elaborações doutrinárias que inicialmente se preocuparam em explicar o fundamento da tutela contra o perigo de dano, também não há motivo para associar tutela contra a probabilidade de dano com tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito.

A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano.

Na verdade, o dano é realmente o sintoma ou o indicativo da probabilidade do ilícito e importa para efeito de tutela voltada para o futuro apenas por constituir a evidência concreta do ato contrário ao direito. Ou seja, não é correto imaginar que não há interesse de agir em obter tutela preventiva quando o dano é uma mera possibilidade do ato contrário ao direito e não uma probabilidade indissociavelmente ligada a ele. Se fosse assim, haveria apenas pretensão à inibição do dano e não pretensão à inibição do ilícito. Note-se que o titular de marca comercial tem o direito de inibir que terceiro a utilize, pouco importando eventual dano derivado da infração. Do mesmo modo, a tutela inibitória pode ser requerida para impedir a comercialização de produto com substância proibida por norma, não tendo qualquer relevo perguntar sobre provável dano ao consumidor.

Ora, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. A moderna doutrina italiana já deixou claro que a tutela inibitória tem por fim prevenir o ilícito e não o dano[26]. Frignanie[27] Rapisarda [28], que possuem as principais obras a respeito da tutela inibitória na Itália, não vacilam em afirmar que a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade do ato contrário ao direito (ilícito)[29].

Embora a probabilidade do ilícito possa constituir a probabilidade do próprio dano, já que muitas vezes é impossível separá-los cronologicamente, para a obtenção da tutela inibitória não é



necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito.

Pois bem, se o dano é uma consequência meramente eventual do ilícito e não há pretensão preventiva apenas em face do dano, mas também em face do ato contrário ao direito, a tutela inibitória não pode ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito – visto como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano[30]. O parágrafo único do art. 497 do CPC/2015 bem compreendeu o ponto, pois fala claramente em “*tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito*”.

Além disso, há ilícito que, *já praticado*, reclama tutela jurisdicional independentemente do dano. A conduta ilícita pode produzir efeito concreto que não significa dano, mas a realidade que a norma proíbe para que o dano não se configure. Nesse caso o ilícito não se exaure com a prática da conduta contrária à norma; o ilícito, visto como realidade concreta que se desliga da conduta humana, tem eficácia continuada. Por conta dessa eficácia continuada do ilícito, torna-se necessária tutela jurisdicional voltada a remover os seus efeitos concretos. Perceba-se que esta forma de tutela jurisdicional não se destina a inibir o ilícito, uma vez que o ilícito já foi praticado, mas também não se dirige contra o dano. A tutela jurisdicional se destina a remover ou a eliminar a realidade concreta que a norma proíbe para que o dano não ocorra.

No caso em que a norma proíbe a exposição à venda de produto com determinada substância, a tutela jurisdicional direcionada à busca e apreensão do produto não é tutela contra a probabilidade de ato contrário ao direito (inibitória), tutela de reparação do dano (ressarcitória) nem muito menos tutela contra a probabilidade de dano ao consumidor. É tutela jurisdicional destinada a fazer valer o desejo da norma violada, ou seja, é tutela de remoção dos efeitos que não estariam presentes na realidade não fosse a violação da norma. Tem a mesma natureza a tutela voltada à retirada de cartazes publicitários ou à busca e apreensão de propagandas que configuram concorrência desleal. Nessa última hipótese a tutela jurisdicional também não se volta contra um ilícito ou um dano futuro nem contra um dano já ocorrido. Atinge, isso sim, os efeitos concretos derivados da concorrência desleal, constituindo tutela jurisdicional que não requer dano nem culpa ou dolo. Mais claramente: trata-se de tutela não preocupada em ressarcir um dano, para o que o critério da culpa ou do dolo é importante, mas de tutela destinada a remover os efeitos concretos de um ato contrário ao direito.

A decisão que determina a demolição, em caso de construção realizada em desacordo à

legislação urbanística, já foi qualificada de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela reparatória *in natura* na Itália [31] e de tutela cautelar no Brasil, em conformidade com o próprio art. 888, VIII do CPC de 1973. Na raiz dos equívocos das doutrinas italiana e brasileira está a *confusão entre os conceitos de ilícito e de dano*. Ora, a construção que desrespeita a legislação urbanística é, simplesmente, uma conduta contra *ius*, de modo que a determinação de demolição, nessa hipótese, *não objetiva ressarcir o dano sofrido em virtude da construção irregular nem tutelar contra a probabilidade do dano, mas simplesmente a remover o ilícito*[32]. Note-se que, se construir em desacordo com a lei é ilícito, as *conseqüências* que daí decorrem *é que configuram dano*[33].

A tutela de remoção do ilícito objetiva remover ou eliminar a causa do eventual dano. A tutela pressupõe apenas a transgressão de um comando jurídico, pouco importando se o interesse privado tutelado pela norma foi efetivamente lesado ou se ocorreu um dano[34]. Como diz Michele Mòcciola, em ensaio publicado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, a consequência lógica da distinção entre dano e ilícito conduz à formulação do critério segundo o qual todas as vezes em que a intervenção judiciária tem por objeto a *fonte do dano* não há tutela ressarcitória[35]. Há aí tutela de remoção (dos efeitos concretos) do ilícito.

O parágrafo único do art. 497 igualmente percebeu a necessidade desta tutela jurisdicional e, por isso, depois de fazer menção às três modalidades de tutela inibitória, descreveu a tutela destinada à “remoção” do ilícito. Portanto, a diferenciação entre ato contrário ao direito e dano não só evidencia que tutela contra o ilícito não é sinônimo de tutela ressarcitória. No direito brasileiro, tal distinção permitiu a configuração de tutelas jurisdicionais que, sem nada dever ao dano, dirigem-se contra os ilícitos futuro e passado.

7. A impossibilidade de discussão de culpa ou dolo

Supunha-se, exatamente porque se fazia uma identificação entre ilícito e dano, que o elemento psicológico (dolo ou culpa) fosse absolutamente necessário para a configuração do próprio ilícito. Na verdade, se o ilícito é compreendido na perspectiva da responsabilidade civil, torna-se natural não só a confusão entre ilícito e dano, mas também a exigência da culpa ou do dolo como componente do ilícito[36].

Entretanto, dentro da noção de ilícito antes delineada, que se afasta da ideia de dano, não há razão para se cogitar sobre culpa ou dolo. De lado a responsabilidade objetiva, o ato do homem é fonte da obrigação de ressarcir porque é culposo ou doloso[37]. Esses elementos constituem critérios para a imputação da sanção ressarcitória[38].



O próprio Barassi, ainda que ligando a tutela inibitória à probabilidade de dano, percebeu que *“la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione”*[39]. Como é óbvio, a tutela jurisdicional pode impedir alguém de praticar um ato contrário ao direito sem qualquer cogitação sobre culpa[40].

É importante sublinhar que os tribunais brasileiros têm decidido que a tutela inibitória prescinde de culpa ou dolo. Assim, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou ser irrelevante, para efeito de tutela da marca, *“a existência de dolo ou culpa de comerciante que utiliza em seu nome comercial marca registrada de outrem”*[41].

O dano e, por consequência, a culpa e o dolo não integram a causa de pedir das ações contra o ilícito. Não estão presentes não só na causa de pedir da ação inibitória - voltada contra o ilícito futuro -, mas também na causa de pedir da ação de remoção do ilícito. Com efeito, quando se deixa claro que a tutela de remoção do ilícito visa eliminar o ilícito, e assim não tem relação com o dano, esclarece-se, igualmente, que esse tipo de tutela, à semelhança da tutela inibitória, *não tem entre os seus pressupostos a culpa ou o dolo*. Como escreve Cesare Salvi, a tutela ressarcitória (seja pelo equivalente ou na forma específica) pressupõe que o ofendido prove a responsabilidade do sujeito ao qual o dano é imputado (a não ser, obviamente, nos casos de responsabilidade sem culpa), o que não acontece no outro âmbito de tutela, em que está presente a tutela que visa a eliminar o ilícito [42].

O juiz, para prestar tutela de remoção, não precisa, nem pode, indagar sobre culpa ou dolo. A culpa ou o dolo não apenas não precisam ser alegados; não podem ser questionados pelo réu e investigados pelo juiz. Precisamente, não há como determinar prova sobre dano e, bem por isso, a respeito de culpa ou dolo nas ações voltadas contra o ilícito. É nesse sentido que deve ser interpretado o parágrafo único do art. 497 quando diz que, *“para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”*.



NOTAS

[1] Cesare Salvi, Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice Civile, *Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591 e ss.

[2] Salvatore Mazzamuto, *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 37.

[3] Como observa Adolfo di Majo, “le dottrine giuridiche dell’Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della *condemnatio pecuniaria*, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com’è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero ‘costo economico’ di siffatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati” (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 156).

[4] Salvatore Mazzamuto, *L’attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

[5] “Com’è noto, a partire dalla metà degli anni 60 un consistente orientamento dottrinale ha posto in luce l’importanza della distinzione tra illecito (come condotta antiggiuridica) e danno, come fatto storico, materiale, che può essere (eventuale) conseguenza dell’illecito, o può derivare da fatti non suscettibili di tale qualificazione” (Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367). E eis o que diz Salvi: “Il riferimento all’art. 2043 codice civile ha un significato innovatore, se si traggono tutte le conseguenze dalla revisione che la dottrina più recente ha operato dell’intera materia dell’illecito civile. Uno dei più proficui risultati di tale revisione appare, infatti, la netta distinzione tra atto illecito e fatto dannoso da cui deriva la responsabilità civile” (Cesare Salvi, Legittimità e ‘razionalità’ dell’art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 590).

[6] A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 119.

[7] Idem, ibidem.

[8] Idem, ibidem, p. 120-121.

[9] Ver, nesse sentido, Aldo Frignani, Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654; Cristina Rapisarda, Inibitória. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 480.

[10] É interessante ressaltar, porém, que Candian fala em prevenção do ilícito como princípio geral do ordenamento jurídico: “Quanto alla ragione determinante delle autorizzazioni e delle iniziative, rispettivamente impartite e consentite dall’ordinamento, essa risiede in una immanente esigenza di economia. A parte, infatti, le ipotesi in cui il danno è per sua natura (come quello proveniente dalla insolvenza del debitore) insuscettibile di riparazione, l’ordinamento manifesta, con numerose disposizioni, la tendenza a preferire le misure della prevenzione, dovunque siano possibili, a quelle della riparazione o della pena o del risarcimento, cioè in genere alle misure repressive (inteso il termine in senso lato). Appunto la varietà delle situazioni alle quali, con le numerose norme citate, ed altre ancora, si è voluto provvedere, dà per certo che non tanto si tratta di singole disposizioni da applicare ai casi di volta in volta preveduti, quanto di un principio generale dell’ordinamento giuridico: di un principio, appunto, ispirato alla ora cennata esigenza economica” (A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 121).



[11] Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 429.

[12] Idem, *ibidem*, p. 429.

[13] Idem, *ibidem*, p. 430.

[14] Sobre a problemática da tutela contra a concorrência desleal, ver Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 563 e ss.; Marco Saverio Spolidoro, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982; Tullio Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milano: Giuffrè, 1957; Geraldo Santini, Concorrenza sleale ed impresa. *Rivista di Diritto Civile*, 1959, p. 125 e ss.; Pier Giusto Jaeger, Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale. *Rivista di Diritto Industriale*, 1970, p. 38 e ss.; Gustavo Ghidini, La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. cod. civ. Le sanzioni. *Rivista di Diritto Civile*, 1970, p. 329 e ss.; Remo Franceschelli, Studi sulla concorrenza sleale. La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 269 e ss.; Giuseppe Auletta, Divieto di concorrenza e divieto di concorrenza sleale. *Diritto e giurisprudenza*, 1956, p. 279 e ss.; Gustavo Minervini, *Concorrenza e consorzi*. Milano: Vallardi, 1965, p. 51 e ss.; Marco Sertorio, Illecito civile, concorrenza, prescrizione. *Archivio della responsabilità civile e dei problemi generali del danno*, 1964, p. 122 e ss.; Luigi Mosco, *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956, p. 188 e ss.

[15] Ver Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 565. Ver, também, Luigi Mosco, *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956, p. 188 e ss.

[16] É o que admite Bonasi Benucci no mais importante trabalho sobre o ilícito dentro do tema da concorrência desleal: “Ci sembra indubbio che l’art. 2043 si limiti a porre in forma generalissima le condizioni cui è sottoposta l’insorgenza dell’obbligo a risarcire il danno conseguente all’illecito, ma che esso non descriva l’illecito, né esaurisca la specificazione dei mezzi di tutela che l’ordinamento offre a colui che sia vittima dell’illecito stesso” (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

[17] “Essendo quindi anche la colpa una condizione normalmente necessaria (salvo eccezioni che si vanno facendo sempre più numerose, ma che, appunto per il loro carattere di eccezioni, non capovolgono ancora il principio generale) della risarcibilità del danno e non della illiceità dell’atto, illiceità che si perfeziona con la mera violazione della norma quale consegue all’atto stesso” (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

[18] Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 569.

[19] Idem, *ibidem*, p. 575.

[20] A. Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, cit., p. 119 e ss.

[21] Giuseppe Auletta, ao analisar a estrutura normativa da tutela contra a concorrência desleal, igualmente conclui que o requisito do dano é substituído pelo de perigo de dano (Attività. *Enciclopedia del Diritto*, v. 3, p. 987).

[22] “La individuazione dell’elemento della *potenzialità dannosa* come completamento della fattispecie costitutiva dell’illecito civile consente di riunire in unica categoria quelle molteplici ipotesi di illecito in cui il danno non è ancora occorso, ma sussiste già una situazione di pericolo determinata da atti la cui prosecuzione o ripetizione porterà (secondo un calcolo di probabilità) alla produzione di un danno, se non tempestivamente interrotta ed inibita con rimozione altresì di quegli effetti già determinati dall’atto e che potrebbero essere fonte autonoma di danno” (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 575).

[23] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitoria*, Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 65 e ss.

[24] Aldo Frignani, L’injunction *nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 413.

[25] Idem, ibidem.

[26] Aldo Frignani, L’injunction *nella common law e l’inibitoria nel diritto italiano*, cit., p. 417 e ss.; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

[27] Frignani, referendo-se à distinção, formulada por Candian, entre ilícito de perigo e ilícito de lesão, diz o seguinte: “Secondo questa impostazione ogni contravvenzione della legge dovrebbe risolversi in un illecito di danno o in un illecito di pericolo (di danno). Come si vede, il danno rimarrebbe il metro di misura, il perno centrale di tutto il sistema della responsabilità. Ma non sembra corretto impostare il problema in questi termini, perché il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l’illecito soltanto dalla presenza del danno” (Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 654).

[28] Cristina Rapisarda, Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 7; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 108 e ss.

[29] De acordo com Frignani, “l’elemento del pericolo entra in gioco anche nell’inibitoria, ma ad altri fini. Mentre nella distinzione di cui sopra esso era riferito al danno, qui il pericolo è riferito alla lesione. In questo senso, l’inibitoria presuppone sempre un pericolo: che l’illecito sia continuato o ripetuto, se già è stato commesso o che l’illecito venga commesso, se ancora non si è verificato. Questo è il senso veramente penetrante in cui si dice dell’inibitoria che è un’azione essenzialmente preventiva” (Azione in cessazione. *Novissimo digesto italiano*, 1980, p. 654).

[30] Frignani, analizando a teoria de Bonasi Benucci, diz o seguinte: “Alle stesse critiche può essere sottoposta anche la teoria che, nel tentativo di superare la dicotomia candiana tra illecito di danno e illecito di pericolo, ha ritenuto che l’illecito sia sempre individuato dalla sua ‘potenzialità dannosa’; in altri termini, anche questa dottrina imposta il suo ragionamento sul danno, seppure eventuale o possibile. (...) A prima vista tale formulazione sembra presentare una notevole aderenza alla realtà, ma la sua debolezza sta nel considerare *l’id quod plerum que accidit* come elemento essenziale di una fattispecie, e non invece come elemento accidentale. Non si tiene però in considerazione che il legislatore contempla tanti tipi di condotta, proibiti dal diritto e perciò costituenti una fattispecie di illecito, che non porteranno necessariamente ad un danno, e dove perciò l’illeceità prescinde anche dalla potenzialità dannosa” (Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 655).

[31] “Così nella nota sentenza delle sezioni unite della cassazione penale, relativa alla legittimazione del comune a costituirsi parte civile in processi per reati di abusivismo edilizio, a proposito dell’ordine di demolizione, la Suprema corte definisce quest’ultimo ‘misura risarcitoria in forma specifica di *restitutio in pristinum* del turbato assetto urbanistico del territorio comunale” (Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 378).



[32] Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 379. Ver, também, Gianfrancesco Sforza, *Ordine di cessazione dall'illecito e risarcimento in forma specifica*, Foro Italiano, 1978, p. 615-619.

[33] Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380.

[34] Ver Michele Giorgianni, Tutela del creditore e tutela "reale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 e ss.; Renato Scognamiglio, Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 e ss.; Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 e ss.

[35] Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380-381.

[36] Michele Mòcciola, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 380-381.

[37] Remo Franceschelli, estudando a tutela contra a concorrência desleal, observa que a tutela que tem por fim inibir a continuação do ilícito, ao contrário da tutela ressarcitória, prescinde da culpa: "Se nonostante che si sia accertato che un atto di concorrenza esiste, colui che lo ha compiuto provi che egli è esente da colpa, ciò avrà per effetto che si escluda il risarcimento del danno. Ma l'attività potrà pur sempre essere fatta cessare e il giudice potrà pur sempre dare i provvedimenti necessari o utili perchè ne vengano eliminati gli effetti" (Studi sulla concorrenza sleale, La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 273).

[38] "Parlando di presupposti della inibitoria, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel rilevare che essa prescinde dal dolo o dalla colpa dell'agente e dall'essersi verificato un danno nel patrimonio del soggetto passivo" (Marco Saverio Spolidoro, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, cit., p. 161-163).

[39] Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 431.

[40] Segundo Rapisarda, a ação inibitória, por ser voltada ao futuro, exclui a possibilidade objetiva de se valorar preventivamente os elementos subjetivos do comportamento ilícito futuro (Cristina Rapisarda, Inibitoria. *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 479).

[41] TJSP, Ap. 83.073-1, rel. Des. Moretzsohn de Castro, *Jurisprudência Brasileira*, v. 132, p. 181/182.

[42] Cesare Salvi, Il risarcimento del danno in forma specifica, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli: Jovene, 1989, p. 587.

***Luiz Guilherme Marinoni**

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Fez Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão e na "Columbia University School of Law". É Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional, Membro da Diretoria Executiva do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro da Associação Internacional de Direito Processual.

O QUE É ABRANGIDO PELA COISA JULGADA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: A NORMA VIGENTE E AS PERSPECTIVAS DE MUDANÇA*

Teresa Arruda Alvim Wambier*

Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Advogada

*A versão em inglês foi publicada na *ZZPInt – Zeitschrift für Zivilprozess International Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, Alemanha, n. 17, p. 393-404.

Sumário: I. O tema - II. A regra vigente no Processo Civil Brasileiro - III. As perspectivas de mudanças no Direito Processual Civil Brasileiro - IV. Razões que recomendariam a ampliação da esfera de ação da coisa julgada - IV.1. A influência dos regimes *Common Law*? - IV.2. O regime da coisa julgada na Espanha - V. O que faz o regime proposto melhor - V.1. Escolhas feitas pelo legislador devem respeitar o bom senso - a) Agilidade Procedimental – VI. Situações peculiares em que questões prejudiciais não ficam acobertados pela autoridade de coisa julgada - VI.1 Quando o *passo necessário* é um *fato* - VI.2 Juizados Especiais e disposições de tutela cautelar - VII. Conclusões.

I. O tema.

No Brasil, este tópico é atualmente matéria de intenso debate em face de um Projeto de Lei para um novo Código de Processo Civil, em cuja versão original a substituição da regra tradicional foi proposta.

Nós tivemos a honra de sermos indicados pelo Senado para a Relatoria-Geral desse Projeto de Lei e essa foi uma de nossas propostas.

Entretanto, este projeto já sofreu diversas modificações.

Nos últimos tempos, mais especificamente nos últimos dois anos, o projeto foi uma “esponja” para acolher sugestões oriundas de todos os cantos do Brasil, dadas por um número incomensurável de processualistas. Houve momentos, em que, numa mesma semana, o projeto teve *três versões diferentes*. Preparar palestras ou dar entrevistas sobre o projeto passou a ser um tormento: porque se precisava (e se precisa) saber qual a “versão do dia”. E o pior é que essas versões não são divulgadas oficialmente: ou seja, não se sabe ao certo qual está “valendo”.

Este fenômeno tem um lado muito positivo, porque os processualistas que contribuíram, principalmente os que lideraram a seleção e inclusão das propostas enviadas, são muito preparados. Por outro lado, evidentemente, o que se tem hoje é a mesma “colcha de retalhos” com a qual se quis acabar com um novo CPC. Perdeu-se a oportunidade de se construir um projeto coeso, harmônico e simples. Um projeto coeso, harmônico e simples só poderia ter sido elaborado se tivesse havido humildade da comunidade, e se cada um dos processualistas brasileiros abrisse mão de considerar a sua opinião como sendo, sempre, a que devesse prevalecer.

Portanto, o objeto destas nossas reflexões será o regime em vigor e o proposto por nós, que foi adotado e afastado diversas vezes ao longo dos últimos tempos, pelas muitas comissões pelas quais passou e tem passado o projeto.

A regra tradicional, hoje em vigor em diversos países, incluindo o Brasil, é que somente a *decisão* em si está coberta pela coisa julgada (*decisum*). O Projeto do NCPC propõe que a coisa julgada seja estendida para a solução dada pelo juiz ou pelo Tribunal às questões/premissas da decisão.

Por diversas razões, nós entendemos ser esta a melhor escolha. Duas delas merecem menção: a) não é lógico, e é contra o bom senso, admitir haja dois entendimentos sobre a mesma *causa petendi* [1] em duas ações diferentes, para gerar consequências diversas; b) a regra vigente deixa a porta aberta para outras ações futuras, em que a mesma *causa petendi* pode ser vista de outra maneira. Então, de fato, a primeira ação *não terá resolvido completamente (e para sempre) o problema basilar*. Além do mais, isso pode ocasionar a sobrecarga dos Tribunais.

II. A regra vigente no Processo Civil Brasileiro

O Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) de 1.973, atualmente em vigor, seguiu os ensinamentos de Enrico Tullio Liebman, e de autores brasileiros como e. g. José Frederico Marques, Pedro Batista Martins e Moacyr Amaral Santos.

O próprio conceito de coisa julgada foi o primeiro objeto de debate nos círculos acadêmicos. José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva [2] eram os que tinham maior interesse no tema. Ambos manifestaram diferentes opiniões, em diversos livros [3], criticando Liebman e suas ideias sobre a abrangência da coisa julgada.

Não obstante a influência de Liebman no Processo Civil brasileiro, é usualmente dito que o conceito de coisa julgada dos arts. 468 e 469 de nosso CPC foi concebido por Carnelutti [4].

O primeiro artigo dispõe: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

O Art. 469, até certo ponto, fornece a exata “definição” de coisa julgada no Direito brasileiro. Estabelece que parte da decisão fica acobertada pela autoridade da coisa julgada e, portanto, não pode ser rediscutida em futuras ações.

No direito brasileiro atual, a coisa julgada *não* protege “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 (Vorfragen [5]), decidida ‘incidenter tantum’ no processo”.

Baseados na interpretação dessas disposições, autores dizem que o que está inserido dentro do espectro da coisa julgada no direito processual brasileiro é somente o acertamento da



da disputa, i.e., a **resolução da demanda** e não seu antecedente lógico ou a fundamentação utilizada.

Os alemães se servem de termo expressivo para designar coisa julgada: *Hauptsache* ou coisa principal.

É claro, a questão da coisa julgada pode ser levantada para evitar que o Judiciário decida a mesma *Hauptsache* duas vezes.

É altamente provável que o juiz delibere sobre questões que sejam logicamente antecedentes em relação ao mérito, e essas questões sejam importantes também para futuras outras ações. É possível (e realmente ocorre na prática), que a mesma *causa petendi* possa gerar outras demandas, de acordo com a doutrina da abrangência da coisa julgada, que é geralmente adotada por sistemas jurídicos de *Civil Law*. Por exemplo: um contrato é considerado válido por um juiz, com respeito a algum efeito (juros), em uma demanda de inadimplência de juros. Esse mesmo contrato pode ser apontado como *causa petendi* em qualquer ação futura, em que o autor venha a pedir compensação pelo inadimplemento dos termos do acordo e, nessa segunda ação, o segundo juiz não está obrigado a considerar o mesmo contrato válido! Isso acontece no Brasil (e na maioria dos países de *Civil Law*) porque a coisa julgada cobre somente o *decisum*, i.e., não a parte da decisão que contém sua fundamentação, mas a decisão em si. Isso significa que na sentença proferida pelo primeiro juiz, a única parte atingida pela coisa julgada são os juros, e nenhum juiz pode decidi-la em outros termos, em ações futuras [6].

Por um lado, a legislação brasileira torna possível a existência de decisões contraditórias, do ponto de vista lógico [7]. Por outro lado, o CPC brasileiro contém um dispositivo, cujo objetivo é evitar essa possibilidade, em que trata da *ação declaratória incidental* (*Zwischenfeststellungsklage*, § 256, ZPO): as partes – autor(es) ou réu(s), podem pedir ao juiz para estender a autoridade da coisa julgada também às “razões” de sua futura decisão, se uma dessas razões corresponde a relação jurídica que tenha sido objeto de discussão entre elas. Caso intentem esta ação incidental, o resultado é que esta decisão também deverá ser respeitada em todas as futuras ações. Entende-se que, neste caso, a decisão do juiz será *principaliter* [8], e não *incidenter tantum*.

O instituto é disciplinado no art. 470 de nosso CPC, entre outros artigos que tratam do regime da coisa julgada no Direito brasileiro.

Esse artigo é uma espécie de contraponto, no regime brasileiro, à coisa julgada, limitada ao *decisum*. De fato, esses limites dependem da iniciativa das partes, a quem é facultada a utilização da *ação declaratória incidental*. Essa possibilidade cria equilíbrio em nosso sistema processual.

É claro que a exclusão das razões (consideradas de modo geral) da abrangência da coisa julgada não significa que para o legislador brasileiro as razões não sejam importantes. Pelo contrário, entende-se que as razões *identificam* e deixam claro o alcance da decisão e definem até que ponto o demandante ganhou ou perdeu (art. 468 do CPC).

Quais seriam, então, as razões para que se adote a teoria restritiva?

Doutrinadores afirmam que o que está coberto pelo manto da coisa julgada é somente o *decisum*, pois o julgamento (ou a sentença) é a expressão da *vontade do Estado*. Razões, embora importantes, não são o que dão validade aos atos do Estado. O *decisum* em si é bem mais significativo, pois atribui algo a alguém e isso deve ser feito de uma maneira definida, resolvendo-se um problema real, assegurando os resultados concretos e práticos dos procedimentos [9-10].

Também a Dispositionsmaxime (princípio dispositivif) ou princípio dispositivo pode ser visto como uma das razões para que a coisa julgada não alcance motivação (especialmente as prejudiciais ou Vorfragen): de acordo com esse princípio, o autor tem o papel e o dever de criar limites para o cognitio do juiz e para a decisão correspondente. Entende-se que um juiz não pode decidir com a força de coisa julgada (Rechtskraft), de maneira definitiva, se o autor não o pediu.

Não obstante, na minha opinião, o processo civil está atualmente sendo visto cada vez menos como Sache der Parteien (ou coisa das partes). Essa abordagem leva à conclusão de que talvez o espectro da coisa julgada não deva ser deixado inteiramente à iniciativa das partes. Há razões relacionadas com essa abordagem publicística que recomendam uma mudança nesse rígido regime, favorecendo a efetividade procedimental.

III. As perspectivas de mudanças no Direito Processual Civil Brasileiro

Em 2009, fui nomeada como a Relatora-Geral de um Projeto de Lei para o novo CPC brasileiro. A Comissão era composta de 11 juristas: Professores, Juizes, Advogados, etc. Era, de fato, um grupo muito heterogêneo.

Nós propusemos, no Projeto de Lei para o novo CPC brasileiro, entre outras coisas, a mudança do regime da coisa julgada, inspirados pelo desejo de se obter dos procedimentos resultados de longo alcance e mais efetivos. Em resumo: o conflito social subjacente ao processo nunca mais deveria ser trazido ao Judiciário.

Não fomos longe o suficiente para dizer que que nenhum outro *petitum* (demanda) poderia ser extraído da mesma *causa petendi*. Não. De acordo com o regime proposto, o autor poderia, por exemplo, pedir danos materiais na primeira ação e, anos depois, requerer danos morais, todos decorrentes da mesma *causa de pedir*.



Entretanto, no novo regime, que foi originalmente proposto pela comissão, criamos uma regra determinando que a decisão sobre relação jurídica, cuja existência e validade fosse pressuposto da decisão em si, também ficasse coberta pelo manto da coisa julgada, mesmo no caso de a decisão ser *incidenter tantum*.

Não obstante as diferenças entre os membros dessa comissão tão heterogênea, todos nós concordamos no sentido de que não há motivo para restringir a autoridade da coisa julgada ao *decisum* em si, pois o nível de cognição dessas questões antecedentes é profundo o bastante para gerar uma decisão sobre o mérito.

Futuras ações seriam obstadas, se baseadas na mesma relação jurídica sobre a qual já havia uma decisão *incidenter tantum*. Assim, a abrangência da coisa julgada seria ampliada.

No projeto, em sua versão original, se previu que a força/autoridade/poder da coisa julgada cobre a parte da decisão, em uma relação jurídica, da qual a decisão do *petitum* dependa.

Vejamos em que casos isso aconteceria.

Primeiramente, deve haver desacordo entre autor e réu sobre a existência ou a validade da relação jurídica, que deve ser levada em conta antes da decisão do mérito (*Hauptsache*).

Questões, tecnicamente consideradas, (*issues, Fragen, questions*) são matérias sobre as quais autor e réu *não concordam*. Isso significa que há temas que talvez nunca se tornem questões, *issues* ou *Fragen*, porque ambas as partes concordam sobre sua existência e validade.

Entende-se que essas questões, que são antecedentes porque devem ser consideradas *antes* da questão seguinte (que pode ser o mérito), podem ser classificadas como pertencentes a dois grupos: preliminares ou prejudiciais.

Questões preliminares são aquelas que devem ser resolvidas antes do mérito. A possibilidade de o juiz decidir o conflito depende da decisão anterior. Bons exemplos são legitimidade, competência e a existência de um advogado, representando as partes. De fato, se o juiz não é competente, se uma das partes não tem legitimidade ou procurador, o mérito não pode ser decidido.

Como um juiz decide o *petitum*, depende da decisão das prejudiciais: se A é filho de B, o último é incumbido de alimentá-lo o contrato existe e é válido, portanto, deve ser adimplido.

Questões preliminares interferem na possibilidade de ocorrer o julgamento; prejudiciais determinam *como* o mérito será decidido.



Dessa forma, a *relação* com a questão seguinte identificará uma questão anterior como preliminar ou como prejudicial. Uma questão não pode ser preliminar ou prejudicial, considerada em si mesma. Depende do contexto em que se encartam.

Há, todavia, outros critérios para que uma questão seja considerada prejudicial.

Como afirmamos anteriormente, a condição principal para que uma questão seja considerada prejudicial é que seu julgamento seja absolutamente necessário para a decisão da questão logicamente subsequente, normalmente o mérito, *Hauptsache* [11].

Alguns doutrinadores afirmam que essas questões devem teoricamente poder ser objeto de *ação autônoma* [12].

É claro, essa possibilidade não existe em relação a fatos, que, em certas circunstâncias, fazem o papel de prejudiciais. Fatos, por si só, não podem ser objeto de declaração judicial, cobertos pela autoridade da coisa julgada. Bons exemplos seriam uma inundação ou o fato de algum remédio fazer mal à saúde.

Se o Projeto de Lei for aprovado e tornar-se nosso novo Código de Processo Civil, e nele ainda houver a regra que inserimos, na versão entregue ao Senado em 2010, as prejudiciais serão objeto de uma decisão com força de coisa julgada, independentemente do ajuizamento de ação declaratória incidental, que não vai mais existir. Em ações futuras, o juiz estará vinculado ao que terá sido previamente decidido sobre essas questões, como, v.g., paternidade, maternidade, contratos, validade de uma marca registrada e assim por diante.

Essa opção evita: 1) a possibilidade de contradição lógica (embora não prática) entre sentenças/julgamentos/decisões e 2) que uma questão, que tenha sido discutida pelas partes e decidida por um juiz, da qual a solução de mérito dependa, seja *rediscutida* e decidida diferentemente em outras ações futuras.

IV. Razões que recomendariam a ampliação da esfera de ação da coisa julgada

Como dissemos antes, choca o bom senso permitir que dois juízes decidam a mesma questão de maneira diversa. Mesmo que essa questão não seja a questão principal (mérito, *fond du litige*, *Streitgegenstand*), o choque é quase o mesmo. Este regime compromete a credibilidade do Judiciário e gera insegurança na sociedade.

Além disso, se a impossibilidade de rediscussão de questões (discutidas pelas partes e decidida expressamente) tornar-se regra (e não exceção, como é hoje), os procedimentos serão mais rápidos.



É interessante notar que, recentemente, jurisprudência Europeia (continental), Japonesa e tributária brasileira oferecem vários exemplos de casos em que se entendeu que a coisa julgada englobaria não só o *decisum*, mas também as razões, sob certas condições [13].

Não só na Europa, mas também no Japão, chama-se atenção especial para esse tema específico. A jurisprudência japonesa reconhece a necessidade de coerência e, por outras razões (não por considerar que fazem coisa julgada), tem-se evitado que o juiz decida novamente os passos que foram necessários para a conclusão de uma ação prévia. O motivo principal citado nas decisões Japonesas é que essa seria uma evidente violação do princípio da boa-fé (*Konzept von Treu und Glauben*) [14].

Ademais, na jurisprudência tributária brasileira, há uma clara tendência no sentido de considerar que mesmo não fazendo parte da decisão *stricto sensu* (*decisum*) o julgamento de elementos (= passos necessários) que permanecem os mesmos (= permanentes) devem ser respeitados em casos futuros. Nesses casos, obviamente, a doutrina da abrangência restrita da coisa julgada é abandonada.

IV.1) A influência dos regimes *Common Law*?

Já se disse, equivocadamente, que a proposta feita pela comissão que redigiu o Projeto de Lei para o novo CPC seria similar ao regime da coisa julgada do *Common Law*, pelo menos em certa medida. Todavia, tal entendimento é inteiramente desacertado, como demonstraremos adiante.

A coisa julgada tem duas dimensões em países de *Common Law* [15].

Evita que a mesma demanda seja analisada uma segunda vez pelo Judiciário – mesmas partes, mesma causa de pedir (*causa petendi*) – e essa dimensão é muito similar ao regime da coisa julgada em países de *Civil Law*.

Há uma relação clara entre a abrangência da coisa julgada e a possibilidade que as partes têm de alterar a *causa petendi* e o *petitum* durante os procedimentos. De fato, um alcance maior da coisa julgada corresponde a uma maior flexibilidade em termos de alteração daquilo que é chamado, em países que adotam o *Civil Law*, de *perpetuatio libelli* (estabilidade da *causa petendi* e *petitum*) [16].

Nos países de *Common Law*, após o julgamento, o conflito entre as partes entende-se como inteira e definitivamente decidido. Nada é deixado para trás. De fato, todas as *petita* que podem ser



extraídas da *causae petendi* são cobertas pelo manto da coisa julgada, mesmo não expressamente mencionadas [17]. Isso é o que países que adotam o *Civil Law* chamam de *claim preclusion*.

As partes têm um único *Day in Court*, i.e., uma oportunidade ou ocasião única para formular suas *petita* e suas defesas, *que derivam da mesma situação* [18].

A outra dimensão do regime da coisa julgada é o *collateral estoppel* ou *issue preclusion*. Esse fenômeno torna indiscutível [19] a decisão de uma questão que é considerada essencial para a resolução da demanda (*petitum* em si). Essa questão, sobre a qual as partes não podem mais discutir no futuro, em outras ações, é vista como um *passo necessário* para a resolução da questão principal [20]. Algo muito similar às questões prejudiciais, antes referidas.

Para que uma questão seja atingida pelo *collateral estoppel* deve haver 1) debate sobre ela entre as partes 2) decisão explícita do juiz sobre ela e 3) a questão deve ser qualificada como uma razão necessária para a conclusão (a decisão em si) [21].

O princípio da boa-fé está na origem do *collateral estoppel*. As partes devem respeitar decisões prévias e não podem alterar sua forma de tratar da mesma questão em ações diferentes.

À luz de todas essas observações, torna-se óbvio que a *estoppel clause* proíbe o juiz de decidir a mesma questão de maneira diversa, se algum dia tal questão for ressubmetida às Cortes. As expectativas das partes sobre a coerência das decisões judiciais são, portanto, cumpridas.

A doutrina da coisa julgada na Inglaterra não é essencialmente diferente da Americana. A ideia principal é a mesma: objetivam-se evitar vários processos concomitantes ou sucessivos sobre a mesma matéria.

Essa proibição tem duas dimensões: por um lado, é do interesse público que os procedimentos não durem para sempre e, por outro lado, ninguém deveria ser perturbado novamente pela mesma razão.

Doutrinadores ingleses afirmam que *estoppel* por coisa julgada são de duas espécies: *cause of action estoppels* e *issue estoppel*.

Identidade de causa de pedir, partes e matéria do processo dão origem a *cause of action estoppels*. Essa situação barra completamente o novo processo sobre a mesma questão.

Issue estoppel está relacionada à decisão de questões que podem ser consideradas *passos necessários* para a decisão da ação. Pode ser flexibilizada em mais casos do que nas *cause of action estoppels*.



Mais interessante é a restrição das discussões sobre matérias que *não foram objeto de discussão prévia, mas que deveriam ter sido*. Isso significa que a ação pode ser obstada mesmo que alguns pontos não tenham sido previamente decididos, embora pudessem tê-lo sido.

Além dessas regras gerais, há alguns outros aspectos sobre tais restrições a novos processos ligados à mesma situação de fato, que demonstram que isto é bastante dificultado na Inglaterra.

Danos devem ser requeridos todos de uma vez. Danos que nascem da mesma causa de pedir não podem ser pedidos em demandas sucessivas [22].

IV.2) O regime da coisa julgada na Espanha

O regime da coisa julgada espanhol merece ser mencionado separadamente, pois foi recentemente reformado (ou alterado) [23]. Suas características atuais podem ser consideradas peculiares se comparadas a outros sistemas processuais civis europeus.

O art. 400 da nova LEC dispõe que quando o autor pede algo (faz o *petitum*) que pode teoricamente basear-se em diversos fatos ou razões jurídicas e esses fatos e razões jurídicas devem ser todos alegados, uma vez que o autor não poderá mais alegá-los em ações subsequentes. É claro que este *dever* somente diz respeito aos fatos que são conhecidos ao tempo da demanda, e não àqueles que ocorrem posteriormente.

Esses fatos e razões jurídicas, mesmo se não forem efetivamente alegados, são levados em consideração para efeitos de *lis pendens* e coisa julgada.

Portanto, a lei espanhola considera coberta pela coisa julgada até razões (*causae petendi* + fatos) que teoricamente poderiam gerar outras ações no futuro. É verdade, por um lado, que tecnicamente fatos não são cobertos pela coisa julgada, mas, por outro lado, esse artigo proíbe qualquer futura alegação de fatos que poderiam ter sido alegados anteriormente.

Doutrinadores espanhóis dizem – corretamente, na nossa opinião – que esse artigo pode gerar o que chamam de “transcendência” [24]. O fato é que a coisa julgada, no sistema atual espanhol, estende seus efeitos às alegações que poderiam ter sido feitas, mas não o foram [25].

É importante frisar que o juiz não decide com base nesses fatos ou razões (que não foram alegados), mas estas alegações não podem ser feitas numa ação futura.



A sugestão feita pela comissão para o novo CPC não tem relação alguma com esse regime: nós propusemos que *passos necessários*, na condição de que eles consistam no resultado de uma análise da relação jurídica ao redor da qual *houve discussão entre as partes*, não devem ser discutidos novamente em ações futuras.

Esse novo regime da coisa julgada espanhol está sendo severamente criticado pela doutrina. Alguns autores afirmam que a nova regra (art. 400) é inconstitucional [26]. Outros dizem que essa regra cria um objeto litigioso virtual [27].

V. O que faz o regime proposto melhor

V.1) Escolhas feitas pelo legislador devem respeitar o bom senso

O atual regime da coisa julgada no Brasil permite, como dissemos, que a mesma questão (cuja decisão determina o julgamento de mérito) seja decidida de duas maneiras diferentes em duas (ou mais) ações sucessivas. Mesmo se essas decisões forem tomadas como base (passo necessário) para o *decisum* (= decisão da *Hauptsache*), não se pode negar que elas são logicamente contraditórias. Essa possibilidade não favorece a previsibilidade jurídica, não gera consistência ou promove a uniformidade.

Em nosso CPC, há várias disposições para evitar decisões contraditórias. A litispendência é, obviamente, proibida (no sentido de duas ações idênticas em trâmite simultaneamente); há a preclusão *pro judicato*, a regra de que as ações necessitam ser reunidas, caso exista o perigo de decisões contraditórias, etc... Entretanto, surpreendentemente, nosso legislador manteve o supramencionado regime da coisa julgada, abrangendo só o *decisum*.

Além disso, há regras específicas prevendo v.g. que a motivação de um julgamento criminal vincula o juiz civil, na demanda em que o autor pede por compensação advinda do crime. Pode-se citar, também, a influência que ações coletivas têm em demandas individuais [28]. Coerência, então, é um dos objetivos do legislador brasileiro.

Ainda assim, o regime da coisa julgada no Brasil, hoje, está na “direção oposta”, pois realmente não favorece a uniformidade, previsibilidade e consistência.



a) Agilidade Procedimental

Em países de *Civil Law*, fala-se da economia processual.

Reconhecidamente, diversos pedidos podem se originar ou derivar de uma mesma relação jurídica. O juiz deve decidir a *res in judicium deducta*, e nada mais. No Brasil, os elementos de uma ação são fixados na petição inicial e não podem ser alterados posteriormente: *causae petendi*, *petita* e partes. As partes não podem ser modificadas (*perpetuatio legitimationis*), o pedido e as causas de pedir não podem ser modificados (*perpetuatio libelli*).

É, portanto, bastante óbvio que, frequentemente, um processo não resolve inteiramente o conflito entre as partes. Algumas vezes uma mesma e única causa de pedir gera diversos pedidos.

O regime da coisa julgada no processo brasileiro não conduz à eficiência. Todas as portas estão abertas para se rediscutir cada uma e todas as questões, exceto a questão principal (o mérito): o divórcio, a anulação do contrato, etc.

Se o novo regime da coisa julgada for realmente aprovado, com o futuro CPC, o que poderá ser discutido em futuras demandas deixa de ser uma lista extensa de questões, e então, me parece, os procedimentos serão naturalmente mais rápidos.

Alguns doutrinadores afirmam que o novo regime da coisa julgada, proposto pela comissão, limita o poder decisório do juiz. Todavia, este argumento é muito fraco. Há valores de maior prestígio que, neste caso, merecem ser favorecidos: consistência, uniformidade, coerência e, finalmente, agilidade.

A necessidade de eficiência inspirou muitas regras no processo civil brasileiro. Prova emprestada (de outro processo) é comumente usada; prova desnecessária ou inútil não deverá ser produzida – o juiz não deve permitir sua produção; recursos lidando com a mesma questão de direito devem ser reunidos e decididos todos simultaneamente e assim por diante.

Todas essas ferramentas ou dispositivos são um sinal claro de que existe alguma preocupação com a harmonia e efetividade da justiça civil no direito brasileiro.

Uma pergunta simples deve ser feita: por que ainda adotamos a versão restrita da coisa julgada?

A regra proposta pela Comissão, apontada pelo Senado em 2003, favorece harmonia, previsibilidade e, portanto, eficiência.



VI) Situações peculiares em que questões prejudiciais não ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada

VI.1 Quando o *passo necessário* é um *fato*

É possível que um *fato* faça o papel de *passo necessário* para a decisão do mérito. Um pleito pode ser trazido ao Judiciário, por exemplo, com base em um acidente de carro, em dano causado por um remédio ou em uma enchente.

De acordo com a doutrina majoritária, mesmo que a avaliação desses fatos seja realmente um passo necessário para a decisão da questão principal, que em todos os exemplos poderia ser um pedido de indenização, uma *convicção* do juiz do primeiro processo nunca poderia vincular pleitos futuros derivando dos mesmos fatos.

Além disso, nossas regras processuais admitem prova emprestada, o que também pode ser visto como uma ferramenta para evitar decisões contraditórias, útil em casos como os dos supracitados exemplos.

A situação que levou o juiz a ter certa *convicção* no primeiro processo também deve ser levada em conta. Algumas vezes, um fato é considerado como verdadeiro ou se considera teria ocorrido de certa maneira, não porque alguma prova foi produzida, mas porque **não** foi. Há várias situações em que a lei permite que o juiz considere que determinados fatos aconteceram somente em razão da *omissão* de uma das partes (v.g., julgamento à revelia).

Nessas situações, às partes não pode ser negado o direito de produzir prova sobre fatos que podem ser considerados importantes para uma segunda ação.

Ademais, em regimes *Civil Law*, reconhecidamente, fatos (fatos crus) não podem ser objeto de uma demanda declaratória, i.e., não se pode pedir do Judiciário a mera declaração de existência de um fato. Assim, é de fato carente de sentido, no contexto de um sistema *Civil Law*, estender a coisa julgada aos *passos necessários* de uma conclusão (*decisum*), se esses passos são pura e simplesmente juízos de valor a respeito de fatos.

VI.2 Juizados Especiais e disposições de tutela cautelar

Há uma relação inegável entre o grau de profundidade da cognição e a estabilidade da decisão.

Normalmente, decisões que são baseadas em *fumus boni iuris* não fazem coisa julgada.



O preço a pagar pela possibilidade de o juiz decidir quando ele ou ela ainda não tem certeza sobre se o autor tem o direito que afirma ter é que essas decisões não produzem coisa julgada no processo civil brasileiro.

Quase o mesmo pode ser dito de situações em que a cognição é, por alguma razão, limitada, como, por exemplo, nos Juizados Especiais.

Juizados Especiais são, em todo o mundo, uma maneira de implementar o acesso à justiça, com a redução de custos, burocracia e duração do processo.

Esses procedimentos são mais simples que os tradicionais, menos formais, mais rápidos e acima de tudo, orais. Causas complexas não podem ser trazidas perante os Juizados Especiais, e alguns juízes que atuam neste campo são leigos.

Às vezes, as partes dispensam a tutela da Justiça Comum e deixam seu conflito ser decidido por um Juizado Especial. Nessa situação, entendo que a coisa julgada deveria realmente ser limitada ao *decisum*.

VII. Conclusões

O regime da coisa julgada, na nossa opinião, proposto pela primeira versão do Projeto de Lei do novo CPC apresentado ao Senado em 2010, que agora está sendo discutido pela Câmara dos Deputados, está entre o regime mais amplo da coisa julgada, embora não chegue nem perto, a amplitude que propusemos, àquela existente nas jurisdições de *Common Law*.

Na minha opinião, não há motivo plausível para considerar que passos necessários para a decisão – quando tenha havido debate suficiente entre as partes sobre o tema – possam ser considerados, julgados ou decididos de maneira diversa em ações subsequentes.

Atualmente, o que não pode mais ser questionado e redecidido depois do fim do processo, é somente a *decisão* (o núcleo da decisão), deixando-se portas abertas a novas discussões sobre todas e quaisquer questões analisada e decidida como pressuposto lógico de decisões.

Esse sistema nos parece ser, de certo modo, arcaico: não favorece a uniformidade, a previsibilidade, a estabilidade ou a eficiência da justiça civil.

NOTAS

[1] Um conceito similar, mas não idêntico a “causa de pedir”.

[2] Essas duas opiniões são profundamente estudadas por Sérgio Gilberto Porto, *Coisa julgada civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 82-83.

[3] *Vide*: SILVA, Ovídio Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro, *in RePro*, v. 15, p. 45, April/1979; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, *in Doutrinas essenciais de processo civil*, v. 6, p. 679, October/2011.

[4] ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 242.

[5] *Vorfragen* são as questões que o juiz deve decidir antes de julgar o mérito da demanda (a questão principal – *Hauptsache* – fond du litige). O juiz estaria impossibilitado de resolver a questão principal (definida pelo autor) sem que primeiramente houvesse decidido a *Vorfragen*. Em outras palavras, *Vorfragen* são questões que precisam ser resolvidas antes da questão principal, pois sua resolução indica como o mérito será decidido.

[6] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A sentença e a coisa julgada, *in RePro*, v. 41, p. 177, janeiro/1986.

[7] É interessante notar que essas contradições existem em um nível teórico, não no mundo dos fatos.

[8] DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, p. 543.

[9] TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, p. 82, and: ARAGÃO, Egas Moniz. *Sentença e coisa julgada*, p. 247.

[10] Chiovenda sempre afirmou que o papel do processo civil é concretizar a vontade do Estado (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. V. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 18-19). O *decisum* é, portanto, considerado uma expressão da vontade do legislador e está diretamente relacionado com a doutrina da coisa julgada do direito civil.

[11] ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, p. 256-257.

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972, p. 41-46.

[13] DALLA BONTÀ, Silvana, Una benefica inquietudine. “*Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*”, *Eine “heilsame Unruhe”*. *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, in ZZP, Zeitschrift für Zivilprozess, 125. Band. Heft 1-2012, p. 93 to 123. Certamente, essa jurisprudência não tem nada em comum com o *Common Law collateral estoppel* ou *issue preclusion*, mas sim com as ideias de Albrecht Zeuner, analisadas por Silvana Dalla Bontà, nesse brilhante artigo.

[14] DALLA BONTÀ, Silvana, *op. cit.*, p. 915, 6(b).

[15] SOARES, Marcos José Porto. O *collateral estoppel* no Brasil. In: *RePro*, v. 211, p. 115, setembro/2012.



[16] Comentando com profundidade esse problema no Direito Espanhol, Cintia R. Guedes, A estabilização objetiva da demanda, Rio de Janeiro, 2012, not yet published.

[17] GIDI, TESHEINER e PRATES dizem que *claim preclusion* significa que o autor precisa fazer toda a *petita* no mesmo processo. Isso porque é sua única oportunidade. (Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *In: RePro*, v. 194, p. 99, abril/2011).

[18] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23-24.

[19] A parte precisa demonstrar a identidade entre duas ações, como explica Artur da Fonseca Martin (Coisa julgada nos Estados Unidos. *In: RePro*, v. 132, p. 75, fevereiro/2006).

[20] GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria e PRATES, Marília Zanella. *Op. cit. Passim*.

[21] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *op. cit.*, , p. 37-38.

[22] ANDREWS, Neil. **The modern civil process: judicial and alternative forms of dispute resolution in England**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[23] Não relacionado ao *juicio verbal*, mas ao *juicio ordinario*.

[24] RAMOS, Manuel Ortells, Preclusións de Alegaciones y peticiones en la primera instancia, los procesos declarativos, *in Cuadernos de Derecho Judicial*, p. 15 a 69, especially p. 37.

[25] RAMOS, Manuel Ortells, *op. cit.*, p. 66.

[26] Ramos Mendez, citado por Joan Picó i Junoy, Los principios del nuevo proceso civil español, *in RePro*, v. 103, p. 59, 2001.

[27] PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 59.

[28] Uma disposição que se aplica não só às ações coletivas relacionadas ao direito do consumidor, mas também a outros tipos de ações coletivas. WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil: liquidação e cumprimento**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 355.

[29] DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil**, V. III, p. 770-772.

***Teresa Arruda Alvim Wambier**

Livre Docente, Professora de graduação, especialização, mestrado e doutorado na PUC-SP. Advogada.

MEMÓRIA DO TRIBUNAL



Traficantes aventureiros ou perigos em alto mar: um mistério no Império do Brasil

Equipe do Museu da Justiça

Um documento nos arquivos do Museu da Justiça traz ecos, em linguagem direta e crua, das aventuras e perigos vividos pelos viajantes marítimos do Brasil imperial. Trata-se de um Termo de Arribada, às fls. 04 dos Autos de Requerimento para Ratificação de Protesto e Arribada, de 1836, arquivados sob registro nº 163, referente à Escuna Portuguesa Flor da Ethiopia.

Arribada é termo náutico que designa o navio obrigado a entrar em um porto que não consta em sua escala, por motivo de força maior, tal qual desembarcar um doente ou efetuar reparos urgentes. O Código Comercial Brasileiro de 1850 dedica inúmeros dispositivos à regulamentação da arribada e seus efeitos, muitos dos quais oriundos das Ordenações. Entre eles, o conceito e as causas justas para arribar:

“Art. 740 - Quando um navio entra por necessidade em algum porto ou lugar distinto dos determinados na viagem a que se propusera, diz-se que fez arribada forçada (artigo nº. 510).

Art. 741 - São causas justas para arribada forçada:

1 - falta de víveres ou aguada;

2 - qualquer acidente acontecido à equipagem, cargo ou navio, que impossibilite este de continuar a navegar;

3 - temor fundado de inimigo ou pirata.”

A necessidade de justa causa para arribar está fundamentada no art. 510 do mesmo código, que contém tradicional disposição de direito marítimo:

“Art. 510 - É proibido ao capitão entrar em porto estranho ao do seu destino; e, se ali for levado por força maior (artigo nº. 740), é obrigado a sair no primeiro tempo oportuno que se oferecer; pena de responder pelas perdas e danos que da demora resultarem ao navio ou à carga (artigo nº. 748).”

Por estas razões, o capitão deve protestar pela arribada com um Termo de Arribada ou Termo de Protesto, no qual expõe as razões para a escala não prevista e pede a ratificação das autoridades locais. A formalidade tem como objetivo, além de legalizar a entrada no porto, provar aos proprietários e seguradores os prejuízos no navio ou na carga.

Conforme o Termo de Arribada em questão, a Escuna Flor da Ethiopia fez arribada no porto de Paranaguá em 27 de setembro de 1836. O piloto, Procópio Gonçalves Cordeiro, escreveu de próprio punho as razões:



Termo de Arribada fido a bordo da Escuna
 Portuguesa Flor da Illegriem em odia 27^o de 1836

Em odia 1^o de 7^o de 1836 achandome surto no
 Porto da cidade de S^o Paulo de Affonso de Louren
 prompto p^o seguir viagem p^o Moçambique com o
 piloto p^o Ambris e o montevideo as 10 horas da ma
 nhã do m^o dia Veio a Texita e o Patrio Moor e lo
 go nos firmos de vellos seguindo a m^a derrota
 no a fuma de clare; Em odia 26 do m^o de 1836 a Chan
 el de S^o Paulo de Affonso de Louren e Long 22^o de 1836 O do
 meridiano de S^o Paulo de Affonso de Louren Com vento boanca a hu
 hora e 45 minutos da tarde Caiome hum temporal
 do S. e com o grande correr em Poupa, come li
 vantou grandes mares em huã baturrada que
 Navio deo faltou o topio de hum Pau da borda
 de bombas e a bato duas pedras e comver naque
 lle lugar e abrio todas as tabicax de hum cou
 to Lado e vindo o navio tao a ruina e ter
 Tabicax o Cap^o p^o Molestia: depois de passado
 o temporal Chamu os meos Off^o e guarnição
 p^o Consultar com elles o que se resolveram que
 não podiamos emprender a n^a viagem
 fazer arribada al primo porto que em can
 tamos: e logo fir o pre^o termo. Resistendo
 Contra o Mar forca maior pro p^o p^o

Fig. 01 – Museu da Justiça. Termo de Arribada, às fls. 04 dos Autos de Requerimento para Ratificação de Protesto e Arribada, 1836, Reg. nº 163.

Transcrevo:

“TERMO DE ARRIBADA FEITO A BORDO DA ESCUNA PORTUGUESA FLOR DA ETHIOPIA EM DIA 27 DE OUTUBRO DE 1836

Em o dia 1º de 7brº 1836 achando-me justo no Porto da Cidade de São Paulo de Assunção de Loanda pronto para seguir viagem para Moçambique com escala em Ambriz e Montevideo às 10 horas da manhã do mesmo dia veio a Verita e o Patrão-mor e logo nos fizemos de vela seguindo a mesma de rota como acima declaro; Em o dia 26 do mesmo mês achando-me na Latitude 16° 07' 00" S e Longitude 22° 08' 00" oeste do meridiano de Londres com vento bonança a uma hora e 45 minutos da tarde caiu-me um temporal do SE. Vi-me obrigado correr em poupa e como levantasse grandes mares em uma caturrada que o navio deu faltou o topo de um vau da banda de bombordo e abateu duas polegadas o convés naquele lugar e abriu todas as tabicas de um e outro lado e vendo o navio tão arruinado e ter falecido o Capitão por moléstia depois de passado o temporal chamei os meus oficiais e guarnição para consultar com eles o que resolveram que não podíamos empreender a nossa viagem sem fazer arribada ao primeiro porto que encontrássemos e logo fiz o presente termo. Protestando contra mar força maior proprietário seguradores a quem de direito pertencer. A bordo da Escuna Portuguesa Flor da Ethiopia 27 de setembro de 1836. Piloto Procópio Gonçalves Cordeiro”

A primeira preciosidade do documento é a linguagem. O piloto Procópio, apesar de relatar a experiência com desenvoltura, certamente não era pessoa erudita. Sua escrita é coloquial e remete diretamente à forma falada. Diferente da linguagem formal da maioria dos documentos oficiais, produzidos por escrivães, o relato de primeira mão de um piloto de escuna transatlântica é como uma janela para um cotidiano distante de longas e turbulentas travessias marítimas pelas rotas desbravadas pelos portugueses desde o fim do século XV. É quase possível ouvir as palavras da boca de Procópio, contando os perigos e desventuras em alto mar aos curiosos no cais do porto.

O documento, entretanto, deixa lacunas que não são esclarecidas no restante dos Autos: o objetivo da viagem, carga, proprietário, tripulantes e eventuais passageiros.

Além disso, a trajetória relatada é longa e contém uma estranheza. A escuna partiu de Luanda (atual capital de Angola) com destino a Moçambique (provavelmente designa a Ilha de Moçambique, entreposto histórico da Carreira das Índias, uma pequena cidade insular na costa de Maputo, atual capital de Moçambique), com escalas em Ambriz (Angola) e Montevideu (Uruguai). Teria sofrido a tempestade ainda na primeira parte da viagem, a meio caminho entre Angola e o Uruguai, no meio do oceano. Se as coordenadas dadas estiverem corretas, o navio atravessou a tempestade em alto

mar, na mesma latitude do litoral sul da Bahia. Se não era possível seguir viagem e foi decidido, ao fim do temporal, arribar no primeiro porto que encontrasse, por qual razão a tripulação navegou tanto para o sul, até Paranaguá, ao invés de arribar no Rio de Janeiro, Santos ou Cananeia, importantes portos mais próximos de onde se encontrava? Teria o navio partido vazio de Luanda ou traria alguma carga? A tempestade, apesar de causar sérios danos ao navio, deixando-o “*tão arruinado*”, a ponto de obriga-lo a arribar, não causou danos a esta carga? Há algum mistério nesta viagem, ou são apenas lacunas devidas à formalidade imperfeita ou defeito do registro documental histórico?

O historiador José Augusto Leandro pesquisou estes Autos no contexto de sua investigação sobre o papel do porto de Paranaguá no tráfico ilegal de escravos nos anos entre 1830 e 1850[1].

Em 1830 entrou em vigor o tratado Brasil-Inglaterra que proibiu o tráfico transatlântico de escravos. No ano seguinte, a Assembleia Geral brasileira aprovou a Lei Feijó, determinando que “*os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres*”. Estas medidas, tomadas principalmente em função da pressão inglesa, não tiveram eficácia na eliminação do tráfico negreiro, seja pela adoção de novas rotas e táticas de dissimulação pelos traficantes, pela negligência ou conivência das autoridades ou pela força econômica e legitimidade social de que o tráfico ainda gozava na sociedade brasileira. Somente em 1850 o tráfico passou a ser efetivamente reprimido, após a Lei Eusébio de Queiroz. Foi pela realidade contundente do tráfico ilegal nestes anos que a Lei Feijó ganhou seu epíteto de “*lei para inglês ver*”.

Neste vintênio de ouro do tráfico ilegal, a entrada de escravos no país migrou dos principais portos para aqueles menos visados pela fiscalização. Paranaguá, com sua baía profunda, permeada por canais e pontilhada por ilhas, parecia o destino perfeito para o comércio ilegal, como assevera Leandro:

“Apontar a baía de Paranaguá como porta de entrada de africanos traficados ilegalmente para o Brasil no período 1831-1850 não é novidade. Calógeras, Martins, Carneiro, Westphalen, Ferrarini, Bethel e Rodrigues já mencionaram que a localidade foi um dos pontos de ancoragem de navios negreiros, muitos dos quais para ali dirigidos em virtude de que os tradicionais portos brasileiros que recepcionavam africanos — Rio de Janeiro e Salvador — passaram a ser mais controlados pelas autoridades policiais após a lei de 7 de novembro de 1831”.



O historiador afirma que uma das táticas utilizadas pelos traficantes para justificar a presença de seus navios no local era justamente o Protesto de Arribada, uma vez que, como vimos, não era permitido a um navio ancorar em porto que não constasse em sua rota se não por força maior:

“Muitos autos de ratificação de protesto marítimo efetuados nas décadas de 1830 e 1840, relativos a embarcações arribadas na baía de Paranaguá por algum tempo, foram forjados. Era necessário justificar a chegada das embarcações naquelas paragens. Dessa feita, estratégia comum aos traficantes foi protestar contra "o mar", "o vento", "a tempestade", "a força maior", etc., e, assim, obter respaldo jurídico legal para a chegada do navio em destino inesperado. Na documentação analisada, vários navios arribados em Paranaguá sequer requisitaram uma avaliação das possíveis avarias das mercadorias transportadas. Muitos capitães nem mencionaram o conteúdo das cargas e, ao mesmo tempo, também protestaram contra "carregadores", "fretadores" e "seguradores". Além disso, alguns protestos foram ratificados sem que ao menos fossem designados peritos que confirmassem os danos nos navios. Dessa feita, tudo indica a conivência das autoridades judiciárias de Paranaguá na elaboração de documentos fraudulentos, isto é, na ratificação de protestos marítimos de embarcações negreiras que desembarcaram africanos no litoral do Paraná, ou que dali partiram aparelhadas para futura viagem ao continente africano”.

O caso da Escuna Flor da Ethiopia é classificado por Leandro como um exemplo de fraude em protesto marítimo para encobrir, provavelmente, uma situação de tráfico ilegal de escravos. O itinerário suspeito (Luanda e Ambriz eram grandes centros de exportação de escravos para as américas), as lacunas observadas nos Autos e o contexto histórico justificam a afirmação do historiador. Mas, fora as questões apontadas, há mais indicativos do envolvimento da Escuna Flor da Ethiopia com o tráfico negroiro?

Um primeiro indício está nos próprios arquivos do Museu da Justiça, em processo sob registro nº 133. Em 12 de dezembro de 1835, oito meses antes da arribada em questão, a Escuna fez outra arribada forçada em Paranaguá. Novamente, inúmeras lacunas ocorrem na documentação histórica: não consta itinerário, carga, danos, proprietário e nem mesmo o Termo de Protesto. Apenas a nomeação de carpinteiro e calafate para vistoriar o navio, sem constar o resultado da eventual vistoria.



691

~~Mun~~ Vm^o Jay Municipal

Francisco Antonio de S^{ta} Rita Capitão
da Armada Portuguesa Estor de Ethiopia, chegou
arrivado neste porto em o dia Doze de Junho,
como conta em seu protesto, precisa requerer
Victoria, a fim de ser o estrago feito como tale
ga no seu protesto, q^o tanto pede a S^{ta} J^o
aja de nomear Carpinteiro - Calafate q^o
valuar a obra. p^o tanto //

Com a liquer, em v-
meio p^o avertoria
aville Carpinteiro da
Rib. a Fran. co. Ma-
ria de Araujo, e o S^{ta} J^o de S^{ta} Rita
Calafate Antonio proceder a S^{ta} J^o na forma
de Manoel da Cruz de S^{ta} Rita //
q^o jurarao Juram.
Paraná 18 de Dez de
1835 Costa

C. R. M.

Fig. 02 – Museu da Justiça. Protesto Marítimo, 1835, Reg. Nº 133.

Outros indícios são as inúmeras provas do engajamento da Escuna no tráfico negreiro nos anos anteriores à proibição.

Na base de dados organizada por David Eltis [2] constam duas viagens realizadas pela Flor da Etiópia. Na primeira, sob registro nº 46933, a Escuna foi utilizada em 1826 para adquirir 307 escravos em Malembo (Angola) e transportá-los à Bahia, onde desembarcaram 277. É possivelmente durante esta viagem que, no dia 03 de agosto de 1826, a Escuna foi abordada pelo navio-patrolha britânico HMS Maidstone, na costa de Ajudá (atual Ouidah, no Benin), que relatou ao almirantado britânico: “*este navio, propriedade do conhecido traficante de escravos Souza, conhecido como Xaxá, está sem dúvida engajado no tráfico*” [3].

Na segunda viagem, sob registro nº 1119, consta que em 1829 foram adquiridos 271 escravos em Cabinda (Angola), desembarcando 270 também na Bahia. Ambas ocorreram sob o comando do Capitão Manoel Correa.

Por fim, o Consulado Britânico na Bahia relatou que, em 29 de março de 1830, a Escuna desembarcou 129 escravos no porto de Salvador, sob comando do Capitão Joaquim dos Anjos e Mattos, em viagem de 49 dias a partir do Congo[4].

Já no período da proibição do tráfico os registros escasseiam. Encontramos notícia da partida da Escuna em 11 de novembro de 1832 do Rio de Janeiro para a Bahia, oferecendo transporte de carga e passageiros(5). E em 14 de julho de 1833 a partida de Salvador com destino à Costa da Guiné, com carregamento de 20 pipas de cachaça, sob comando do Capitão Hygino Augusto de Faria e propriedade de Antônio Pedroso de Albuquerque(6). Neste último registro, a suspeita recai sobre o itinerário, a carga (cachaça era um dos produtos negociados em troca de escravos na Guiné) e, principalmente, sobre o proprietário da embarcação: Antônio Pedroso de Albuquerque foi notório senhor de engenho, proprietário e negociante de escravos da Bahia no séc. XIX(7).

Os próximos e últimos registros da Escuna são as duas arribadas forçadas em Paranaguá, em dezembro de 1835 e outubro de 1836. Nota-se que, antes disso, a atividade se concentrava na Bahia e no Rio de Janeiro.

Não resta dúvida, portanto, que a Escuna Flor da Ethiopia esteve engajada no tráfico negreiro no período anterior à Lei Feijó, com registro efetivo de desembarque de escravos no Brasil até 1830.

Sobre o engajamento no período do tráfico ilegal, os indícios são bastante convincentes, embora não cabais. É de se esperar que, uma vez que o tráfico se torne ilegal, desapareçam os



registros oficiais do comércio transatlântico de escravos, a não ser nas poucas vezes em que os navios foram aprisionados por patrulhas inglesas ou que traficantes foram apanhados por autoridades brasileiras. O trabalho do historiador se aproxima, aqui, daquele do detetive policial, juntando as evidências a fim de reconstruir a narrativa de um crime. Os registros encontrados são coerentes com a narrativa de que a Escuna Flor da Ethiopia, engajada no tráfico negreiro nos anos 1820, continuou a atividade nos anos 1830, utilizando as mesmas rotas e portos africanos, mas passando à ilegalidade, o que a levou a utilizar portos brasileiros como o de Paranaguá e disfarces jurídicos para as viagens. No entanto, apesar de todas as indicações, também é possível construir a narrativa de que a Escuna, utilizada no tráfico nos anos 1820, se desengajou do infame comércio na década seguinte mas aproveitou as rotas e contatos comerciais que havia obtido para continuar a atividade comercial, agora levando cachaça, passageiros e, talvez, erva-mate.

Seriam Procópio e sua tripulação bandidos aventureiros ou apenas navegadores expostos aos perigos do alto mar? A tempestade no paralelo 16-Sul foi uma desventura trágica ou subterfúgio para a infâmia? Esta narrativa, como tantas outras de gente de carne e osso do passado brasileiro, continuará a ser um mistério do Império do Brasil. Até que novas pesquisas possam, enfim, bater o martelo.



NOTAS

- [1] LEANDRO, José Augusto. Em águas turvas: navios negreiros na baía de Paranaguá. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/390/9856>
- [2] ELTIS, Davis. The Trans-Atlantic Slave Trade Database. Disponível em: <http://www.slavevoyages.org>
- [3] Tradução livre do original: “*This vessel, owned by the noted slave-dealer Souza, otherwise Chatchah, there is no doubt is engaged in the traffic*”. Nineteenth Report of the Directors of the African Institution. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=KcENAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- [4] Parliamentary Papers, House of Commons and Command, Volume 19. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=rzQSAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- [5] Diário do Rio de Janeiro, 08/11/1832.
- [6] Correspondence with the British Commissioners at Sierra Leone, the Havana, Rio de Janeiro, and Surinam Relating to the Slave Trade 1834. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=j3FbAAAQAAJ&pg=RA1-PA44&dq=%22Flor+da+Ethiopia%22&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CB4Q6AEwAGoVChMIus2EuojFyAIVwZWQCh2zywOH#v=onepage&q=%22Flor%20da%20Ethiopia%22&f=false>
- [7] JUNIOR, Wellington Castellucci. A força e o machado: resistência escrava e cotidiano de libertos na comarca de Nazareth das Farinhas. Recôncavo baiano, 1830-1852. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/19053/21116>



DIRETRIZES PARA AUTORES



e-parana judiciario: Diretrizes para autores

A revista eletrônica **e-parana judiciario** não se responsabiliza ou endossa as opiniões emitidas pelos autores.

O Conselho Editorial de cada número se reserva o direito de solicitar alterações nos originais, respeitando o estilo e as opiniões dos autores, de forma a manter a homogeneidade e a qualidade da publicação.

As contribuições, especialmente os artigos, devem cumprir com as seguintes condições:

- definição inequívoca dos objetivos a serem alcançados ao final do estudo em pauta;
- atualidade da literatura de apoio no tema definido para estudo;
- estrutura clara e coerente;
- alinhamento às normas de referência e citação vigentes;
- obediência à formatação indicada nas normas para:

Artigos – resultante de pesquisas, discussões, comentários da legislação e/ou jurisprudência que envolva aspectos de informação e conhecimento e que demonstrem caráter inovador no enfoque e/ou na metodologia jurídica.

Jurisprudência – selecionadas pelo Conselho Editorial e/ou Magistrados, pelos critérios atualização, contradição temática e/ou inovações.

Normas para submissão de trabalhos:

Os trabalhos encaminhados, deverão atender aos itens abaixo:

1 Extensão dos trabalhos

Artigos devem ter no mínimo 10 (dez) páginas, incluindo referências, apêndices e anexos.

2 Formatação

Usar formato de arquivo DOC (Microsoft Word 97-2003) ou PDF.

Fonte: Arial tamanho 12

Tamanho do papel: A4;

margens 1,5 cm (esquerda, direita, superior e inferior);

espaçamento entre linhas 1,5.

2.1 - Elementos pré-textuais:

Título: deve ser conciso e claro expressando o conteúdo do artigo. O título e o subtítulo (separados entre si por dois pontos) devem ser apresentados em letras maiúsculas, em negrito e centralizado.

Resumo: incluir, **na medida do possível**, resumo informativo tomando-se por base a NBR 6028 (Resumo) de forma que este contenha de 100 a 250 palavras, em português, tamanho 10, com espaçamento entrelinhas simples, precedido da palavra Resumo (em negrito, tamanho 14). O resumo deve indicar claramente os objetivos do trabalho, a metodologia que norteou o desenvolvimento e conclusões alcançadas.

Palavras-chave: separar as palavras-chave do resumo com um espaço em branco. O autor poderá utilizar de (3) três a (6) seis termos livres indicativos do conteúdo do artigo. Separar cada termo por ponto precedidos do termo Palavras-chave:.



2.2 - Elementos textuais

Texto: corpo do artigo (conforme a norma NBR 6022 - Apresentação de Artigos de Periódicos) estruturado de forma a contemplar: introdução, método, resultados e considerações finais, (com um mínimo de subdivisões). Os cabeçalhos das seções/subdivisões devem ser breves, claros e não numerados. Acrônimos e abreviações devem estar entre parênteses e serem precedidos de seu significado completo quando do primeiro uso no texto. Para citações no texto, utilizar o sistema Autor/Data (ver NBR 10520 - Apresentação de Citações em Documento). O texto deverá ser apresentado utilizando a fonte Arial, tamanho 12, justificado, com espaçamento entre linhas 1,5, sem recuo na primeira linha dos parágrafos. Deixar espaço de 1 linha entre cada parágrafo e entre o último parágrafo e o(s) título(s) de seção (ões).

Palavras estrangeiras: usar itálico e, para ênfase ou destaque, usar negrito, 'aspas simples' ou "aspas duplas".

Elementos de Apoio: notas de rodapé, ilustrações e tabelas, devem ser limitadas ao mínimo indispensável.

Ilustrações e tabelas: devem ser inseridas no texto. Na elaboração de tabelas recomenda-se a observação da NBR 14724

Informação e documentação: Trabalhos acadêmicos - Apresentação para a elaboração de ilustrações e das Normas para Apresentação Tabular do IBGE .

Referências: as referências devem ser normalizadas de acordo com a NBR 6023 - Informação e Documentação: Referências, Elaboração.

2.3 - Elementos pós-textuais

Apêndices: espaço para inserção de questionários e/ou outros elementos complementares ao artigo de concepção e elaboração pelo(s) próprio(s) autor(es).

Anexos: espaço para inserção de outros elementos complementares ao artigo (material de terceiros).

2.4 Declaração de Direito Autoral

O *Copyright* para artigo pertence ao autor, com os direitos de primeira publicação garantidos para a revista **e-paraná judiciário**, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



A revista e-paranajudiciario é uma publicação semestral do Tribunal de Justiça, por meio do Centro de Documentação, que busca oferecer subsídios para o exame e o debate do Direito a partir de artigos, estudos e propostas apresentadas por juristas e estudiosos da área.



Endereço de contato do Centro de Documentação

Rua Lysimaco Ferreira da Costa, 101 - Centro Cívico, Matriz, Curitiba - PR,
80530-100.

Telefone: (41) 3200-3713

Email: e-paranajudiciario@tjpr.jus.br

Todas as edições da revista estão disponíveis para [download](#).

