

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO
BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES

TEORIA GERAL DO
NOVO
PROCESSO CIVIL

*2ª edição,
revista e atualizada*

 **MALHEIROS**
EDITORES

destaque ao carioca José Carlos Barbosa Moreira e aos paulistas Ada Pellegrini Grinover e José Manoel de Arruda Alvim Netto. Foi nesse período que, por influência do italiano Mauro Cappelletti e seu empenho pela *efetividade do processo*, muitos outros processualistas brasileiros se revelaram e muito produziram. Foi também desse período o início de uma *postura constitucionalista* da parte dos processualistas brasileiros, os quais passaram a valorizar significativamente os grandes pilares constitucionais do sistema processual.

Em tempos mais recentes, e especialmente por conta da preparação e chegada do novo Código de Processo Civil brasileiro, formou-se uma *nova geração* de processualistas brasileiros, muito presente na doutrina mediante seus escritos e participação em congressos, reuniões de estudos etc.

17. processo civil comparado

A ciência processual civil brasileira vive em tempos presentes, mais do que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para a busca de soluções adequadas aos problemas da nossa Justiça. Isso é consequência natural de *quatro ordens de fatores*, identificados (a) na *globalização econômica e cultural* gerada pela crescente aproximação entre culturas de nações soberanas e intensificação do comércio internacional, (b) na *crise de legitimidade* pela qual passa o Poder Judiciário brasileiro, que inclusive já levou à instituição de um Conselho Nacional de Justiça encarregado de lhe ditar ou retificar rumos, com poder censório sobre os juízes de todos os graus, (c) na assimilação de *institutos novos* pela própria lei do processo e (d) especificamente na coletivização da tutela jurisdicional em uma sociedade de massa. Tais fatores de pressão tornam imperiosas as comparações jurídicas que sempre foram úteis ao aprimoramento institucional do direito de um país e agora se revelam como premente *necessidade*, sendo elas imprescindíveis para que não se caminhe às cegas nem se corram desnecessários riscos de fracasso e de injustiças.

A *regra de ouro* de toda comparação jurídica é a utilidade que ela possa ter para a melhor compreensão e a operacionalização de ao menos um dos sistemas jurídicos comparados. A partir daí chega-se à percepção de que os estudos de direito comparado, necessários de modo assim urgente no processo civil brasileiro, devem endereçar-se aos ordenamentos jurídicos em que as novas realidades de interesse atual já tenham sido

mais vivenciadas e áquelas com cujos países o Brasil vai estreitando relações comerciais e com os quais é indispensável incrementar meios de cooperação jurisdicional. Daí o interesse por certos institutos da *common law*, como as *class actions* (processo coletivo — *infra*, n. 92) e o *stare decisis* (vinculatividade dos precedentes — *infra*, n. 20); pela estrutura e mecanismos judiciários e processuais dos países da América Latina, máxime daqueles integrantes do Mercosul; e pela ordem processual dos países europeus dos quais nos vêm alguns institutos aqui assimilados ou cogitados em tempos recentes.

Os entusiasmos com o direito comparado precisam sempre, no entanto, ser refrutados por uma série de cautelas impostas pela observação de alguns fatores que, quando não levados na devida conta, poderiam conduzir à inutilidade das comparações ou a distorções indesejáveis. Quando se diz que *a comparação jurídica só se legitima na medida da utilidade que tiver ao menos para um dos ordenamentos comparados*, é preciso extrair dessa máxima todo seu conteúdo sistemático, para entender que uma comparação jurídica, para ser realmente útil, precisa ser autêntica (fiel) e boa (produtora de resultados úteis e corretos). Não têm razão de ser as comparações que não partam do correto entendimento do significado das leis comparadas no contexto jurídico, cultural, político e econômico de seu próprio país; é indispensável captá-las em seu conteúdo substancial na ordem jurídica a que pertencem e não meramente nas locuções verbais em que se expressam. Não são boas — e podem até ser prejudiciais — as comparações que, partindo de enganos quanto ao significado que uma lei tem em seu sistema, conduzam a importar soluções incompatíveis com o contexto sistemático da ordem jurídica nacional. Para evitar essas distorções, quatro ordens de fatores precisam ser considerados, a saber: a) a diversidade das fontes do direito processual (*infra*, nn. 19 e 20), (b) a estrutura do Poder Judiciário de cada país (*infra*, n. 49), (c) o modelo processual vigente em cada país (*infra*, n. 18) e (d) a diversidade de conceitos presentes nos ordenamentos jurídicos comparados.

18. o atual modelo processual civil brasileiro

Uma dada ordem processual, considerada pelo conteúdo específico das normas que contém, pela concreta conformação dos órgãos que a operam e pelo modo de ser dos institutos encadeados em razão desse objetivo, constitui um *modelo processual*. Tem-se por *modelo processual* cada um dos sistemas processuais encontrados especificamente nos

diversos lugares do mundo e em tempos diferentes. Falar em *modelo processual* é considerar um dado sistema processual pelos elementos que concretamente o identificam e diferenciam de outros no tempo e no espaço. Com essas premissas, sabemos que o modelo processual civil brasileiro é o resultado do que dispõem as normas constitucionais e infraconstitucionais deste país e neste momento com relação às técnicas e categorias jurídicas predispostas à solução de conflitos e às pessoas e conjuntos de pessoas encarregadas de pôr em ação as técnicas processuais. É usual em doutrina a distinção entre o modelo *constitucional* do processo e seu modelo *infraconstitucional*.

O modelo *constitucional* do processo civil brasileiro da atualidade é composto pelas normas, pelos princípios e garantias integrantes do *direito processual constitucional* e particularmente por aquelas que oferecem a *tutela constitucional do processo* (*infra*, nn. 27 ss.). Considerados os elementos estabelecidos nesse nível superior, chegamos a uma série de características centrais do processo civil brasileiro, entre as quais se destacam:

- a) a *unidade da jurisdição estatal*, a qual no Brasil é exercida exclusivamente por juizes do Poder Judiciário, inexistindo aqui o *contencioso administrativo*, que é um sistema de órgãos verdadeiramente jurisdicionais integrados na Administração Pública e encarregados dos processos em que esta seja parte;
- b) um Poder Judiciário separado e *independente* dos demais Poderes do Estado, aos quais não presta conta e dos quais não recebe controle ou fiscalização alguma (*infra*, n. 39);
- c) a dualidade das técnicas de *controle da constitucionalidade* das leis ou atos normativos, o qual poderá ser feito em sede de controle abstrato (Const., art. 102, inc. I – *infra*, n. 94) ou incidentalmente em qualquer processo, por juizes ou tribunais de todos os níveis (controle *incidental*);
- d) a oferta de um conjunto de garantias integrantes da *tutela constitucional do processo*, entre as quais a da inafastabilidade do controle jurisdicional, a do contraditório, a da igualdade, a do juiz natural, a da publicidade dos atos processuais, o severo veto às provas obtidas por meios ilícitos, a exigência de motivação de todas as decisões judiciais etc. (*infra*, nn. 27 ss.).

O conjunto dessas disposições e garantias impostas pela ordem constitucional permite identificar o *perfil democrático* do processo civil brasileiro, sendo essa a síntese de seu modelo constitucional.

A diferenciação e identificação do modelo processual brasileiro no plano *infraconstitucional* deve ser buscada mediante a observação de todo o conjunto da legislação vigente, inclusive em diversas leis extravagantes, e não somente no Código de Processo Civil. Por sua vez, o novo Código reproduz certas características da ordem processual já implantadas na vigência do estatuto revogado e também inovou ao impor outras, que de igual modo concorrem à identificação do modelo brasileiro.

A primeira e mais ampla das constatações emergentes dessa observação é a da *coletivização da tutela jurisdicional*, ausente no Código mas presente de modo muito especial na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (*infra*, n. 92). Do confronto entre o novo Código de Processo Civil e essas leis resulta a percepção de que no modelo brasileiro convivem a tutela individual e a coletiva, cada qual com seu determinado campo de atuação. A implantação da tutela coletiva foi um fator de primeira grandeza para a identificação do modelo processual civil atual, em confronto com a ordem vigente antes daquelas leis.

No âmbito do Código de Processo Civil a mais ampla de todas as características do processo civil brasileiro é representada pela implantação de um *processo sincretico*, com a instituição de um *procedimento-padrão* no qual se decide sobre a concessão de eventual tutela provisória, se realizam as atividades de cognição, culminantes na sentença de mérito, bem como se propicia efetividade aos efeitos desta mediante a execução forçada (*infra*, n. 80). Essa construção diferencia o modelo de agora em relação ao vigente antes da lei que por primeiro implantou o processo sincretico, a Lei do Cumprimento de Sentença (lei n. 11.232, de 22.12.2005). Diferencia-o também dos clássicos modelos processuais dos países europeus mais adiantados, nos quais a cognição e a execução se processam em processos separados e autônomos e não em *metas*, *fases* como no processo sincretico brasileiro.

O novo Código trouxe também algumas outras inovações muito relevantes, como (a) a grande abertura que proporciona à efetivação dos *meios alternativos de solução de conflitos*, consistentes na arbitragem, na conciliação e na mediação (*supra*, n. 14), (b) a implantação de um sistema *colaboracionista*, no qual o juiz e as partes são conchamados a dialogar e a cooperar entre si para a busca de soluções com a maior brevidade possível (*infra*, n. 33), (c) a grande valorização da jurisprudência, que severamente seu art. 927 manda que os juizes e tribunais observem nas hipóteses que indica etc. (*infra*, n. 20).

Além dessas características de grande impacto no sistema, outras o atual modelo processual civil apresenta. algumas delas vindas das legislações anteriores mas também responsáveis por uma contraposição entre esse modelo e o de outros países. É o caso (a) da *singularidade dos juízos* em primeiro grau jurisdicional, em oposição aos sistemas europeus em que o primeiro grau é representado por um órgão colegiado, (b) da divisão do procedimento cognitivo em *fases*, com a delimitação entre estas e sem a possibilidade de retornar a uma fase anterior para a realização de atos inerentes a ela (*infra*, n. 78), (c) das *preclusões* inerentes a essa rigidez, perdendo a parte o direito de realizar os atos de seu interesse quando não os houver realizado em tempo oportuno (*infra*, n. 134), (d) dos poderes de *iniciativa probatória*, racionalmente concedidos ao juiz para que, em certos casos, ele possa determinar a realização de provas independentemente de pedido das partes (mitigação do princípio dispositivo – *infra*, n. 33), (e) da oferta de *tutelas de urgência* e da *tutela da evidência* (arts. 294 ss.) como instrumentos de aceleração da tutela jurisdicional (*supra*, nn. 9 ss.), (f) dos severos poderes concedidos ao juiz para assegurar a efetividade dessa tutela, inclusive mediante a imposição de sanções pecuniárias ao obrigado rentiente (*astreintes*) etc.

19. fontes do direito processual

Fontes do direito são os canais pelos quais as normas vêm ao mundo jurídico, oriundas da vontade do ente capaz de ditá-las e impô-las ou de exigir sua observância. São, por esse aspecto, as *formas de expressão do direito positivo*, lembrando que o direito é composto não somente pelas normas positivadas, mas também pelos valores sociais que lhes estão à base e devem transparecer no exame de cada fato relevante para a vida das pessoas ou grupos.

O direito processual civil tem por fontes (a) a Constituição Federal, (b) a lei complementar federal, (c) a lei ordinária federal, (d) os tratados, convenções ou acordos internacionais dos quais a República Federativa do Brasil faça parte, (e) as Constituições e leis estaduais, (f) os regimentos internos dos tribunais e (g) a jurisprudência, em algumas situações e dentro de certos limites. Não há leis *municipais* sobre o direito processual nem se admitem *medidas provisórias* com esse objeto (Const., art. 62, § 1º, letra b).

A *Constituição Federal* é responsável pelo enunciado dos grandes *princípios e garantias* do direito processual, pelo regramento básico do Poder Judiciário e pela fixação de certas *competências* no âmbito des-

te. O arsenal desses princípios e garantias integra o *direito processual constitucional*, constituindo o que se chama *tutela constitucional do processo*. Aos princípios e garantias constitucionais estão subordinados o direito infraconstitucional, que deve obrigatoriamente observá-los (supremacia da Constituição), bem como os juízes e tribunais, que têm o dever de dar-lhes efetividade em casos concretos.

A *lei ordinária federal* é um diploma normativo aprovado pelas Casas do Congresso e sancionado pela Presidência da República. A competência para toda a legislação processual é exclusiva da União (Const., art. 22, inc. I) e o Código de Processo Civil é a mais importante entre as leis ordinárias federais responsáveis pela disciplina do processo civil brasileiro.

A *lei complementar federal* é uma lei também aprovada pelo Poder Legislativo Federal e sancionada pela Presidência da República, com a característica consistente na exigência de aprovação por maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional (Const., art. 69). A Lei Orgânica da Magistratura é uma lei complementar de muita repercussão na ordem processual brasileira, na medida de sua recepção pela Constituição Federal de 1988 (lei compl. n. 35, de 14.3.79).

Os *tratados e convenções internacionais* ocupam a mesma posição das leis ordinárias federais na hierarquia das leis, salvo aquelas que versam sobre direitos humanos, como é o caso do *Pacto de São José da Costa Rica*, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor desde 1978 e incorporada à ordem jurídica brasileira em 1992 (dec. n. 678, de 6.11.92). Por força do disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, no Brasil os tratados portadores desse conteúdo gozam de *status* constitucional.

As *Constituições dos Estados* a Constituição Federal atribui a competência para definir a competência de seus Tribunais de Justiça (art. 125, § 1º). As *leis estaduais* são responsáveis pela organização judiciária de cada Estado e sempre serão de iniciativa do Tribunal de Justiça (art. 125, § 1º). Aos tribunais compete, por meio de seus *Regimentos Internos*, disciplinar as chamadas questões *interna corporis* (Const., art. 96, inc. I, letra a).

20. a jurisprudência entre as fontes do direito

A inclusão ou não inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito processual civil constitui uma resultante do que a respeito dis-

puserem a Constituição e a lei de determinado país em determinado momento, não sendo viável uma tomada de posição a respeito dessa tormentosa polémica com caráter de generalidade e *sub specie aeternitatis*. Uma resposta havida por correta em dada ordem jurídica pode não sê-lo com referência a uma outra. O que se afirma hoje pode não coincidir com o que vigia no passado neste mesmo país.

Há algum tempo vem sendo questionada a divisão em compartimentos estanques entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, ou entre os sistemas ligados à chamada *família* romano-germânica do direito e os da *família* anglo-americana. São crescentes nos países de *civil law* o prestígio e a força da jurisprudência, enquanto na *common law* as leis crescem em número e adquirem maior relevância — relativamente — com isso as tradicionais e notórias diferenças entre esses dois sistemas. O ordenamento jurídico brasileiro sempre foi tratado como um típico ordenamento jurídico de *civil law*, em que a jurisprudência não constitui fonte do direito, mas essa é uma afirmação que, dada a evolução experimentada nas últimas décadas, foi gradualmente se tornando insustentável.

Constitui significativo marco inicial dessa evolução a criação da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, no ano de 1963. Apesar de não guardarem força vinculante, os enunciados dessa Súmula vêm sendo utilizados como parâmetro para o julgamento das causas com elas relacionadas, por refletirem a posição consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca de um tema. A evolução prosseguiu com o Código de Processo Civil de 1973, que instituiu a *uniformização de jurisprudência* (arts. 476-479) e, nesse passo, legitimou a criação de súmulas pelos demais tribunais. Nos anos *noventa* e no início deste século tal evolução tornou-se mais nítida e se acelerou, com as novidades trazidas por várias lei especiais, que de algum modo estabeleceram a necessidade de observância de certos precedentes jurisdicionais pelos tribunais e pelos juízes. De enorme significado sistemático foi a implantação das *súmulas vinculantes*, as quais, diferentemente das não vinculantes, são de observância obrigatória em todos os graus de jurisdição, inclusive com a possibilidade de *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal em caso de descumprimento (Const., art. 103-A — lei n. 11.417, de 19.12.06). Em nível infraconstitucional constitui também importante passo em direção à inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito a criação do incidente de julgamento dos *recursos repetitivos* pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça (CPC-73, arts. 543-B e 543-C — CPC-2015, arts. 1.036 ss. — *infra*, n. 154).

Essa evolução normativa, aliada à relevância espontaneamente conferida à jurisprudência na prática judiciária da atualidade, preparou o terreno para a imposição, agora presente no novo Código de Processo Civil, da obrigatoria observância de determinados precedentes, decisões e *linhas* jurisprudenciais pelos juízes de todos os níveis — o que, em consequência, os qualifica como verdadeiras *fontes do direito*. Vários dispositivos desse estatuto convergem a essa imposição, o que, em última análise, constitui manifestação de um dos propósitos básicos do legislador de 2015, expressos em sua Exposição de Motivos — a saber, o propósito de “imprimir maior grau de *organicidade ao sistema*, dando-lhe assim maior coesão”.

No novo Código, seu art. 926 constitui um suporte dessa reorganização das fontes do direito, ao estatuir que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. *Mantê-la estável, íntegra e coerente* significa prestigiar a mediante sua observância sistemática, o que passa a ser imposto logo no art. 927, segundo o qual “os juízes e os tribunais *observarão*” os precedentes ali indicados, como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade (inc. I), os enunciados de súmula vinculante (inc. II), os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inc. III) *etc.*

A jurisprudência deixou portanto de exercer mera *influência* no espírito dos aplicadores da lei e passou a integrar o conjunto normativo a ser considerado nos julgamentos. Em reforço a esse entendimento, o art. 489, § 1º, inc. VI, do novo Código de Processo Civil dispõe que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial” que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (*infra*, n. 37) e o art. 988 oferece a *reclamação* como meio destinado a garantir a observância de algumas das decisões vinculantes indicadas no art. 927 (*infra*, n. 171).

O art. 927 do Código de Processo Civil não indica entre as decisões que deverão ser observadas pelos juízes e tribunais a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre matéria a respeito da qual tenha sido reconhecida *repercução geral*. No entanto, seu art. 988, § 5º, inc. II, afirma o cabimento de reclamação contra a decisão que não a observar, após o esgotamento das instâncias ordinárias. O cabimento da reclamação é indicativo de que esse precedente também é de observância obrigatória.

Após toda essa evolução e agora com a obrigatoriedade da observância desses precedentes judiciais, na ordem jurídico-positiva brasileira da atualidade a jurisprudência é uma fonte de direito. Mas ressalva-se que a jurisprudência dotada desse poder de impor não é toda e qualquer linha de julgamentos, de qualquer tribunal e muito menos dos juízos de primeiro grau de jurisdição. Somente integram as fontes do direito os precedentes, decisões e *linhas* jurisprudenciais indicados na lei, especialmente no art. 927 do Código de Processo Civil, os quais, pelo maior peso sistemático de que são dotados, diferenciam-se dos demais e ganham essa eficácia de se projetarem em julgamentos futuros.

Os dispositivos com que o novo Código de Processo Civil atribui eficácia normativa aos precedentes jurisdicionais têm sido tachados de *inconstitucionais* por parte da doutrina, por suposta infração ao princípio da separação entre os Poderes do Estado e ao da *legalidade*, impostos na Constituição Federal. Mas é preciso ter a consciência de que nenhum princípio ou garantia constitucional é dotado de imperatividade absoluta, a ponto de sobrepor-se invariavelmente a todos os demais e em quaisquer circunstâncias – derivando daí a legitimidade dessas inovações, as quais devem sobreviver a tais questionamentos porque são destinadas a oferecer à população uma expressiva dose de *segurança jurídica* e essa segurança é um valor também cultivado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*). Como em todos os casos de colisão entre princípios, é imperiosa ainda a observância do princípio da *proporcionalidade*, também de assento constitucional e reafirmado nos arts. 8º e 489, § 2º, do novo Código de Processo Civil (*infra*, n. 27).

21. irretroatividade da jurisprudência

Em virtude dessa aproximação da jurisprudência à lei ou da sua parcial imperatividade como fonte de direito, sua eficácia normativa sujeita-se, tanto quanto a da lei, às limitações temporais ditadas pela Constituição Federal em relação a fatos pretéritos ou situações jurídicas consumadas. Tanto quanto a lei, a jurisprudência não pode projetar essa eficácia ao passado, a ponto de se impor sobre essas situações, sem guardar o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito ou à coisa julgada (Const., art. 5º, inc. XXXVI – *infra*, n. 24). O próprio substrato constitucional da aceitabilidade da jurisprudência como fonte do direito, ou seja, a oferta de *segurança jurídica* à população mediante a previsibilidade dos julgamentos do Poder Judiciário, impõe essa limitação

temporal da eficácia normativa da jurisprudência – porque seria uma *traição* o Poder Judiciário proferir reiteradas decisões em determinado sentido, induzindo as pessoas e as empresas a pautarem suas vidas, seus negócios e seu planejamento de acordo com uma jurisprudência que acreditaram ser firme, e depois virem os próprios juízes com uma outra linha de decisões, castigando quem confiou nessa firmeza.

Para preservar a irretroatividade da jurisprudência e das decisões judiciais em geral o legislador ditou o art. 27 da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei n. 9.868, de 11.11.99), segundo o qual, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Disposição de conteúdo semelhante está presente no art. 927, § 3º, do novo Código de Processo Civil, aplicável a alguns dos precedentes, decisões e *linhas* jurisprudenciais que o mesmo artigo define como vinculantes: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

22. as normas processuais civis – cogentes ou dispositivas

As normas de direito processual civil, por se destinarem a disciplinar o exercício da jurisdição e os modos como os interessados são admitidos a colaborar com o juiz que a exerce, são invariavelmente de *direito público*, não obstante possam ser de direito privado as que regem os conflitos a serem solucionados através do processo. Isso não significa que todas elas sejam de *ordem pública*. São de ordem pública as normas processuais referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público*. Existem normas processuais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre umas e outras. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do

poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes. Não o são aquelas que têm em conta os interesses das partes em primeiro plano, sendo relativamente indiferente ao correto exercício da jurisdição a submissão a estas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente. Esses diferentes graus de imperatividade indicam a existência de normas processuais *cogentes* ao lado de normas processuais *dispositivas* – aquelas, com imperatividade absoluta e nenhuma liberdade deixada às partes para disporem de modo diferente, ainda quando de acordo; estas são dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes.

São de ordem pública e portanto *cogentes* as normas constitucionais responsáveis pela definição da competência de cada uma das Justiças (Justiça Federal, Justiças Estaduais, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral – Const., arts. 109, 114 *etc.* – *infra*, n. 66). São *dispositivas* as normas infraconstitucionais relativas à competência territorial, ou de foro (*infra*, n. 67), *etc.* A consequência prática é que, proposta uma demanda perante *Justiça incompetente*, o juiz obrigatoriamente a declarará e enviará o processo à Justiça competente, com ou sem alegação da parte – enquanto a demanda proposta em um *foro incompetente* (comarca) ali permanecerá, apesar da incompetência, se o réu não tomar a iniciativa de alegar essa incompetência (CPC, art. 65). Competência *absoluta* no primeiro caso (norma cogente) e *relativa* no segundo (norma dispositiva).

23. as dimensões da norma processual no espaço

Destinando-se primordialmente à disciplina de uma função estatal, que é a jurisdição, é natural que a lei processual se imponha exclusivamente no território do Estado que a edita. É essa a dimensão da lei processual no *espaço*, expressão da regra da *territorialidade das normas processuais* (CPC, arts. 1^o e 13).

Quanto aos atos processuais realizados no exterior com reflexos no Brasil, o mesmo princípio da territorialidade da lei processual, que impede a imposição desta além-fronteiras, conduz ao reconhecimento da validade desses atos quando obedientes à lei do país em que foram realizados e compatíveis com a ordem pública brasileira. Se faltar um desses requisitos não se homologa a decisão estrangeira (CPC, art. 963) nem se têm por válidos os atos realizados no curso de uma cooperação internacional (cumprimento de carta rogatória para a citação do demandado ou para a produção da prova *etc.* – CPC, art. 26 – *infra*, n. 47).

24. as dimensões da norma processual no tempo – irretroatividade

A lei processual também tem a sua dimensão *temporal*, que assume especial relevância prática com a vigência do novo Código de Processo Civil brasileiro, em 18 de março de 2016.

A eficácia da lei processual vai, em princípio, de quando entra em vigor até que revogada. Sua aplicação é *imediata*, disciplinando fatos e situações jurídicas a partir de quando entra em vigor. Fatos ocorridos e situações já consumadas no passado não se regem pela lei que entra em vigor, especialmente quando estiverem em jogo os limites representados pelo *direito adquirido*, pelo *ato jurídico perfeito* ou pela *coisa julgada* (Const., art. 5^o, inc. XXXVI – LINDB, art. 6^o). E também, inversamente, não se regem pela lei velha os fatos ou situações que venham a ocorrer depois de sua revogação.

Na aplicação dessas regras distinguem-se inicialmente duas hipóteses muito claras, para afirmar (a) que seguramente a lei processual nova não se aplica aos processos findos e (b) que ela invariavelmente se aplica aos processos instaurados em sua vigência. Quanto aos processos *pendentes* na entrada em vigor da lei nova, seria em tese admissível (a) aplicar a eles desde logo a lei nova, de modo integral, (b) preservar o processo todo, imunizando-o à alteração legislativa, e fazê-lo prosseguir sob o império da lei velha ou (c) respeitar as fases procedimentais já superadas ou em curso (postulatória, ordinatória *etc.* – *infra*, nn. 81-84), impondo a lei nova somente quanto às fases subsequentes.

Nenhuma dessas linhas prevalece, mas a do chamado *isolamento dos atos processuais*, pela qual a lei nova, encontrando um processo em desenvolvimento, respeita a eficácia dos atos processuais *já realizados* e as situações *já consumadas*, disciplinando os atos a serem realizados a partir de sua vigência. Nesse sentido deve ser interpretado o art. 14 do novo Código de Processo Civil, ao dispor que “a norma processual *não retroagir* e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitadas os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Tal regra é complementada pelo art. 1.046, *caput*, no que se refere especificamente à vigência do novo Código: “ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973” – que era o Código de Processo Civil anterior.

Algumas especificações importantes à incidência imediata do novo diploma processual são trazidas (a) no art. 1.047, que trata da

instigação probatória ("as disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência"), (b) em seu art. 1.054, ao tratar da *extensão da coisa julgada às questões prejudiciais decididas na motivação da sentença* ("o disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973"), e (c) no art. 1.046, § 1º, ao dispor que as normas do Código de Processo Civil de 1973 "relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código".

25. *jurisdição, ação, defesa e processo como institutos fundamentais*

Do exposto nos itens anteriores é possível extrair os *institutos fundamentais do direito processual* ou as *grandes categorias jurídicas* inerentes a esse ramo jurídico, situadas em um nível tal de generalização, que acina de delas nenhuma outra se possa indicar e nenhuma redução útil possa ser feita. São elas a *jurisdição*, a *ação*, a *defesa* e o *processo*. Todas as demais unidades sistemáticas que integram e dão forma ao direito processual convergem a essas grandes categorias, e para serem corretamente compreendidas dentro do sistema e em harmonia com ele é indispensável que sempre as reportemos ao nível dos institutos fundamentais. É sobre estes que diretamente atuam os grandes princípios do direito processual e através deles adquirem sentido as regras fundamentais impostas pela Constituição ao sistema de administração da justiça. A maneira como princípios e garantias influem nos institutos menores e na vida comum do processo já constitui uma especificação, filtrada a eles a partir daquele plano superior.

Em termos rigorosamente científicos diz-se que jurisdição, ação, defesa e processo constituem o *objeto da ciência processual*. Assim como a ciência da matemática tem por objeto os números, e a química as substâncias naturais; assim como a ciência penal tem por objeto o crime, a pena e o criminoso; assim como a ciência do direito civil tem por objeto as pessoas, coisas e atos jurídicos – assim também a ciência processual tem por objeto material a jurisdição, a ação, a defesa e o processo, remontando a esses quatro institutos todos os seus institutos menores. Estudar o direito processual é estudar esses seus institutos fundamentais.

Não é exagero, portanto, dizer que os quatro institutos fundamentais resumem em si e *exauram toda a disciplina do direito processual*. Todos os fenômenos do processo adquirem significado global e sempre resultam mais bem explicados quando vistos como integrantes da categoria maior em que se incluem. Nos institutos fundamentais estão a melhor justificação e a explicação satisfatória de qualquer instituto menor, de toda e qualquer norma contida no ordenamento processual. Para o entendimento especificado dessa relação e percepção da influência que cada um dos grandes institutos projeta sobre o sistema, algumas reflexões iniciais serão desenvolvidas logo a seguir, para em capítulos específicos desta obra ser apresentada uma visão mais detalhada de cada um deles.

Jurisdição. A jurisdição estatal é a *atividade pública* com a qual o órgão jurisdicional substitui a atividade das pessoas interessadas por uma atividade sua, buscando a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Ele o faz revelando essa vontade concreta mediante uma declaração (processo ou fase de conhecimento) ou promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada ou cumprimento de sentença). Sendo a jurisdição uma expressão do poder estatal (ou um *poder*, como costuma ser afirmado), é mediante o entendimento da *função* representada por ela, em confronto com os desígnios do Estado contemporâneo solidário, que se poderão traçar caminhos seguros quanto a uma série de situações processuais de alta relevância – a principiar pela definição e limites dos poderes decisórios exercidos pelo juiz ao longo de todo o processo, inclusive mediante a determinação da dose de poder investigatório que ele deve exercer (*infra*, n. 33). No Estado de direito, atuando os agentes do poder segundo os critérios de legalidade e responsabilidade, resultam daí as exigências formais impostas ao juiz, os limites de sua liberdade de convicção, o dever de fundamentar sentenças *etc.* – adiantando-se desde logo que esses são severos ditames da garantia democrática do *devido processo legal*, que em si mesma consiste em um *sistema de limitações* ao exercício do poder, todas elas voltadas à segurança das pessoas (Const., art. 5º, inc. LIV – *infra*, n. 38).

Ação. A ação é instituto exclusivo do direito processual. É o direito a obter um pronunciamento do juiz acerca de uma pretensão (decisão de mérito), independentemente de esse pronunciamento ser favorável ou desfavorável àquele que o pede. Tal é a *teoria abstrata da ação*, que prepondera na doutrina brasileira e está presente no Código de Processo Civil deste país com as retificações propostas por Enrico Tullio Liebman