

**Curso de Direito
Processual Civil**

Vol. I

Flávio Luiz Yarshell

8. Autocomposição. Embora a solução estatal dos conflitos possa e deva ser vista como pilar do sistema (CF, art. 5.º, XXXV), inclusive pela limitação à justiça que os interessados possam fazer pelas próprias mãos, é possível detectar tendência para que ela seja encarada como forma subsidiária, se consideradas as demais alternativas. Assim, sem prejuízo da premissa de que o controle jurisdicional estatal não pode ser afastado, o próprio Estado estimula, cada vez mais, que a decisão a ser por ele adjudicada seja precedida de efetiva tentativa de solução por alguma das formas de autocomposição. Exemplos desse estímulo podem ser detectados na regra do art. 125, IV, do CPC, que impõe ao juiz o dever de «tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes»; e nos arts. 21/24 da Lei 9.099/1995, que dão ênfase para a tentativa de conciliação e preveem a possibilidade de instauração de juízo arbitral (art. 24) perante os Juizados Especiais.

«Há ordenamentos que estabelecem mediação prévia obrigatória, tais como o argentino (Lei 26.589/2010) e o chileno (Lei 19.968/2004).»

Política dessa ordem, contudo, deve considerar que a solução consensual deve se dar em ambiente de liberdade de escolha. Ela não deve configurar negação, por vias obrigadas, do dever estatal de prestar jurisdição. O apelo aos assim denominados «meios alternativos» de solução de controvérsias não pode, enfim, encontrar justificativa na eventual incapacidade do Estado de ofertar a prestação jurisdicional adequada e tempestiva. As partes têm direito à tutela estatal e a quem insistir em pretensão ou defesa depois tida como infundada ficam reservadas as consequências previstas pelo direito material, os encargos processuais decorrentes da derrota (ou de ter dado causa ao processo) e eventualmente sanções por conduta processual ímproba ou desleal (vide *infra* ns. 76 e 77).

Além disso, essa forma de solução dos conflitos também encontra limites: nem todas as posições jurídicas de vantagem são passíveis de disposição voluntária e isso representa um limite àqueles expedientes. Há casos em que os efeitos jurídicos pretendidos só podem ser produzidos por decisão judicial, ainda que não haja controvérsia entre as partes. Nesses casos, fala-se em *processo necessário* (*infra* n. 111).

CAPÍTULO II

DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

9. Dois diferentes planos. As considerações precedentes sugerem distinção que, de fato, é básica no estudo do direito processual. O ordenamento está assentado em dois planos: o do direito material (ou substancial) e o do direito processual.

Embora a delimitação conceitual seja imprescindível, a diferenciação é quase intuitiva: as relações humanas são reguladas por normas que estabelecem a prevalência do interesse desta ou daquela pessoa (ou grupo de pessoas) no tocante a determinados bens materiais ou imateriais – referidos usualmente em doutrina como «bens da vida». Normalmente, essas regras são suficientes ao convívio social e garantem a harmonização das relações entre as pessoas, ainda que formalmente. Elas correspondem ao que se entende por direito material.

«A ilustração dos diferentes ramos do direito material pode ser feita a partir dos diferentes incisos do art. 22 da CF (com a exclusão, naturalmente, da figura do direito processual, prevista no inciso I).»

O direito processual, ao menos para efeito de primeira abordagem, surge por exclusão. Ele disciplina as relações desencadeadas pela atividade tendente à superação dos conflitos (que não puderam ser solucionados pela ordinária incidência das regras precedentes). O elemento diferencial está no objeto: ele disciplina as posições jurídicas estabelecidas entre o Estado (ou o órgão arbitral) e os sujeitos da controvérsia – direitos, poderes, ônus, faculdades, sujeições, deveres – no desenrolar daquela atividade, assim como os atos que são praticados no exercício dessas posições. Daí se dizer que as normas processuais disciplinam a *relação jurídica processual* e o *procedimento* – categorias que, somadas, servem para explicar o conteúdo do processo (*infra* n. 27).

«Exemplos de posições jurídicas são: o direito (*ou poder*) do autor de postular em juízo; o ônus do réu de contestar o pedido do autor, sob pena de revelia; o *poder* do juiz de determinar de ofício a produção de prova; a *faculdade* de recorrer que cabe ao vencido; o *dever* do terceiro de informar ao juiz os fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento ou de exibir coisa ou documento que esteja em seu poder; e a *sujeição* das partes às ordens judiciais.»

Também é possível atribuir natureza processual às normas que disciplinam atividades cujo objeto é, de alguma forma, estimular as partes à resolução a controvérsia por autocomposição. Se dessa atividade participarem o Estado ou o órgão arbitral – como ocorre nos órgãos que atuam na tentativa de conciliação – é correto entender que a relação jurídica então estabelecida se encaixa nos moldes acima examinados. Ainda que o escopo da atividade não seja a atuação do direito no caso concreto, o objetivo de eliminação da controvérsia (com consequente pacificação social) se insere no conceito de jurisdição.

10. Distinção a partir do «bem da vida». O tradicional recurso à ideia de «bem da vida» é útil, mas deve ser entendido com alguma reserva. Ele é válido na medida em que procura enfatizar o caráter instrumental do processo e, portanto, das normas que o disciplinam. Isso é bem ilustrado pela clássica e didática distinção entre pedido *imediatos* e *mediatos*: aquele se refere ao provimento jurisdicional e o outro ao bem ao qual se chegue pelo anterior (infra n. 216).

«Para exemplificar: a quantia de dinheiro que pretende o credor é o bem da vida almejado e que corresponde ao pedido mediatos; ao qual se chega pelo pedido imediato, de condenação (imposição do dever de prestar) do réu, caso procedente a demanda; e o imóvel que o autor alega ter usucapido é o bem da vida, objeto mediatos ao qual se chega pela declaração (ato estatal) de que a aquisição por usucapição efetivamente se consumou.»

Mas ao regular o exercício da atividade – estatal ou privada – para a solução imperativa (ou mesmo consensual) de conflitos, a norma processual garante bens materiais relevantes, a começar pela possibilidade de participação efetiva, que é ínsita ao exercício do poder em ambiente democrático, e que se traduz no contraditório (CF, art. 5.º, LV). Além disso, a norma processual tutela bens como a igualdade, liberdade, privacidade, segurança jurídica, intimidade, segurança e, em certa medida, até mesmo bens materiais; o que ocorre com o patrimônio, quando a lei de alguma forma limita os meios executivos. Essa tutela não é apenas instrumental, isto é, não se justifica apenas em função do resultado final, em que o direito material será aplicado. Esses bens também devem ser considerados «bens da vida», embora resguardados por

normas processuais. Mesmo a parte que, sob a ótica do direito material, «não tem razão» no processo, é titular das referidas posições jurídicas.

«O patrimônio do executado – portanto, daquele que está sujeito ao dever de prestar e que não é o titular do «bem da vida» reclamado pelo credor (execuente) – é tutelado por normas processuais como a do art. 594 do CPC, segundo a qual, o credor que estiver, por direito de retenção, na posse de coisa pertencente ao devedor, não poderá promover a execução sobre outros bens enquanto não excutida a coisa em seu poder; as dos arts. 595 e 596 do CPC, que estabam a execução preferencial sobre bens do afiançado e da sociedade, respectivamente, em relação aos bens do fiador e do sócio; a do art. 615-A, § 4.º, do CPC, que protege o devedor de averbação indevida de execução ajuizada; aquela do art. 620 também do CPC, que estabelece que a execução, quando possível, deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor; ou do art. 692 do mesmo diploma, quando veda que a expropriação forçada do patrimônio do devedor se dê por «preço vil». No caso de incapaz, essa expropriação só pode ocorrer pelo mínimo de oitenta por cento do valor da avaliação (CPC, art. 791). Além disso, o limite que a jurisprudência deu para a regra do art. 733 do CPC – conforme súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça – é forma de tutela da liberdade do indivíduo (por limitar a hipótese única de prisão civil), ainda que sujeito a medidas de constrição patrimonial.

Convém também considerar que as normas processuais regulam a relação do indivíduo com o Estado, que, ao exercer a jurisdição, presta autêntico serviço público essencial. Portanto, não há como ignorar que o objeto dessa atividade é, em si mesmo, um objeto a ser garantido, independentemente do resultado que venha a ser favorável a um ou a outro dos litigantes. Todos eles são consumidores do serviço prestado pelo Estado, consistente na distribuição de justiça. Aliás, o reconhecimento do escopo social da jurisdição reforça a ideia segundo a qual no processo é tutelado o que se pode qualificar como «bens da vida», com especial ênfase para a segurança decorrente da superação da controvérsia e consequente pacificação social.

11. Direito material e evolução metodológica do direito processual. A distinção entre direito material e direito processual, por seu turno, está ligada à origem da ciência processual e à respectiva evolução metodológica.

«A exposição que segue procura resumir o conteúdo de séculos de evolução e, por isso, é sabidamente imperfeita porque está inevitavelmente sujeita ao risco de simplificar fenômenos complexos. Contudo, desde que feita essa advertência, será possível ao menos entender como, partindo-se de uma visão privatista, chegou-se ao atual estado de desenvolvimento do direito processual.»

Costuma-se destacar em doutrina que, até meados do século XIX, o direito processual não existia como ciência autônoma e que parte dos institutos ligados ao processo era vista como uma espécie de apêndice do direito mate-

rial. Daí falar-se em fase «civilista» ou, mais corretamente, em fase sincrética, isto é, aquela em que conceitos distintos eram tratados como se integrassem um único e mesmo fenômeno.

A *ação* era identificada com o direito material quando violado e, então, «armado para a guerra» (Clovio Bevilacqua). Daí a ideia, que até hoje vigora, de rotular as «ações» a partir do direito material afirmado pelo demandante, como uma espécie de herança romanista. A concepção de *processo* estava rebaixada à ideia de mero procedimento (apenas uma sequência de atos), isto é, ao aspecto formal, mais facilmente perceptível sob a ótica praxista e pragmática. Isso se refletiu no emprego da denominação «direito judiciário», incorreta pela indevida redução do fenômeno processual. A jurisdição, na perspectiva do Estado liberal, era vista menos como função destinada a atuar o direito objetivo, e mais como forma de tutela de direitos dos contendores.

A superação dessa fase está associada a (pelo menos) dois fenômenos relevantes no plano científico. O primeiro foi célebre polêmica travada na Alemanha, na metade do século XIX, entre Windscheid e Muther, acerca da relação entre o conceito de *actio* no direito romano e o de *ação* no direito moderno. Essa disputa, em síntese, criou condições para que se fizesse a distinção entre os planos substancial e processual. O segundo evento – ao qual se associa o nascimento da ciência processual – foi a obra do alemão Oscar Billow, na qual, a partir do estudo das exceções (*defesas*), sistematizou-se a ideia de uma relação jurídica processual, distinta da relação de direito material por seus objetos, pressupostos e sujeitos. Estavam, assim, lançadas as bases científicas para o desenvolvimento do direito processual.

Na fase «de autonomia», o conceito de *ação* foi progressivamente se desligando do direito material, para ganhar autonomia e abstração e para ser concebido como um direito – ou poder – que se exerce contra o Estado. Aceitou-se que o direito de ação existe mesmo que inexistente o direito material alegado pelo autor (casos de improcedência da demanda ou de declaração negativa) e que, por outro lado, pode haver direito material desprovido de ação (p. ex., no caso das obrigações naturais). Nem por isso se perdeu a perspectiva instrumental do direito de ação e, portanto, de sua necessária ligação com o direito material; o que, depois, veio a ser objeto de construção doutrinária que procurou estabelecer as corretas bases da relação entre direito de ação e direito material (teoria acerca das chamadas condições da ação, com as críticas e aperfeiçoamentos que a ela se seguiram – vide infra ns. 192 e 195).

Ainda nessa fase, ganhou corpo a perspectiva – nascida com a obra de Billow – de processo como relação jurídica processual, isto é, como conjunto de vínculos ou de posições jurídicas a entrelaçar autor, Estado-juiz e réu. Isso não significou, contudo, a completa desconsideração da perspectiva de processo como procedimento, de tal modo que, mais adiante, a tendência foi,

corretamente, a de considerar o processo com essa complexidade: formalmente como um procedimento e substancialmente como uma relação jurídica (vide infra n. 227).

Também a perspectiva de jurisdição se modificou em alguma medida. Nas primeiras décadas do século XX o Estado passou por transformações relevantes e a postura liberal cedeu progressivamente espaço à intervencionista. Esse novo contexto foi duplamente relevante. Primeiro, ele contribuiu para a superação da visão de processo como mero instrumento a serviço de partes e permitiu fosse dada maior relevância aos escopos públicos buscados no exercício da jurisdição. Segundo, a mudança de papel do Estado alargou seus campos de atuação, do que resultaram – guardadas as distinções entre diferentes países e culturas – consequências sociais e econômicas relevantes, com incremento de demanda por justiça.

Esses fenômenos contribuíram para que se atingisse a fase seguinte: a constatação de defasagem entre os reclamos e a efetiva prestação de justiça gerou progressivamente uma maior preocupação com os resultados e, em especial, com a adequação da técnica processual à consecução daqueles. Estavam lançadas as bases para o desenvolvimento da assim denominada fase instrumentalista. Nela, as conquistas havidas na fase de autonomia não se perderam, mas posturas excessivamente formais ou meramente conceituais passaram a ser objeto de crítica. As preocupações em boa medida se voltaram para temas ligados ao que se convencionou chamar de «acesso à Justiça» – expressão que, embora precise ser vista com cautela diante das diferenças entre o campo civil e o penal – pode ser compreendida como aspiração universal e, portanto, digna de ser enquadrada na teoria geral do processo. Essa fase, enfim, pode ser sintetizada na ideia de busca da *efetividade* do processo e da jurisdição, entendida como aptidão do instrumento à realização dos escopos desejados pelo sistema.

Embora a doutrina não qualifique o que ocorreu a partir de então como outra e nova fase, passou-se a falar com certa frequência na revisão (ou «revisita») dos institutos processuais, agora à luz das conquistas «instrumentalistas», norteadas a investigação pela busca ainda mais acentuada de adequação entre técnica processual e consecução de resultados.

12. Os institutos fundamentais do direito processual (ação, exceção, jurisdição e processo). As referências feitas às linhas evolutivas do direito processual indicam que ele está assentado em institutos que configuram seu conteúdo essencial. É a partir deles – e certamente por sua concatenação – que se explica o fenômeno processual. Delles descendem os demais institutos,

princípios e regras processuais, ainda que essas últimas sejam variáveis e fruto de opções legislativas.

Eles também atuam como uma espécie de guia metodológico, que orienta o exame e facilita a compreensão do direito processual, desde o início de seu aprendizado até o aprofundamento de seu estudo. Até mesmo o peso que se possa dar a cada um deles, no confronto com os demais, já reflete — conscientemente ou não — uma determinada postura metodológica. Por isso, com propriedade, convencionou-se denominá-los de *institutos fundamentais* do direito processual. São eles — arrolados sem preocupação, por ora, com sua importância e peso no sistema — a *ação*, a *defesa* (ou *exceção*), a *jurisdição* e o *processo*.

A *ação* é instituto que explica o desencadeamento da atividade jurisdicional (estatal ou arbitral). É pelo exercício do direito ou do poder de ação — mediante a propositura da demanda — que se invoca a intervenção do terceiro imparcial e a produção de determinados efeitos jurídicos dirigidos à relação material controvertida (ou, poder-se-ia dizer, a seus sujeitos). Por isso, a ação está ligada ao direito material de forma relevante e as suas diferentes concepções variam conforme a explicação dada à relação existente entre tal instituto e o plano substancial.

Sob uma perspectiva sintética é possível entender a ação como o direito (ou poder) de invocar um provimento apto a atuar o direito objetivo em determinado caso concreto e, assim, eliminar a controvérsia — o que traduz, respectivamente, os escopos jurídico e social da jurisdição. Sob uma ótica analítica, ela se traduz na somatória das posições ativas de que é titular o autor no curso de todo o processo, que se instaurou pela propositura da demanda.

A *exceção* — que pode ser entendida aqui como sinônimo de defesa — é usualmente destacada como a contrapartida do direito de ação. Ela consiste no direito (ou poder) do réu de ter levadas em conta na decisão os fatos e fundamentos contrapostos à pretensão deduzida pelo autor. Da mesma forma que a ação, ela comporta perspectivas sintética e analítica, tal como acima exposto. Aliás, parte da doutrina não lhe confere caráter autônomo porque a extrai do caráter bilateral da ação e do processo. Sob essa ótica, a ação não se limita ao poder outorgado ao demandante, mas necessariamente abrange a simétrica prerrogativa conferida ao demandado.

«No caso da ação penal, esse aspecto talvez fique ainda mais claro: ela não é tradicionalmente vista como garantia em favor do demandado, exceto se for considerado que o exercício da ação garante a instauração do processo — sem o qual não se impõe pena — e, assim, da defesa.»

A *jurisdição*, nesta primeira abordagem, pode ser entendida como a atividade pela qual um terceiro — que pode ser o Estado, mas que também pode

ser um órgão privado arbitral — opera de forma a substituir os protagonistas da controvérsia para, de forma imparcial, atuar o direito objetivo em dado caso concreto e pacificar (o que decorre da eliminação da controvérsia).

Finalmente, o *processo* pode ser entendido como o instrumento da jurisdição — e, mais do que isso, do poder. Ele é também um método empregado para resolução de controvérsias, quer pelo estímulo a soluções de autocomposição, quer pela solução heterocompositiva e adjudicada que o Estado venha a impor.

O processo é ente complexo. Ele é composto por um elemento formal, que é o *procedimento*; que, por seu turno, é uma sequência de atos encadeados para a produção de um resultado. Os atos do processo que integram o procedimento estão documentados nos autos, físicos ou eletrônicos. E o processo também contém um elemento substancial, que é a *relação jurídica processual*. Ela congrega as posições jurídicas de que são titulares o demandante, o demandado, o Estado e outros sujeitos que possam intervir na atividade jurisdicional. Ela engloba poderes, sujeições, faculdades, ônus e deveres.

Essas posições representam a disciplina positiva do princípio do contraditório. Daí ser correto dizer também que o processo é um procedimento em contraditório (infra ns. 109 e 227).

13. Direito material e processo: instrumentalidade e efetividade.

O processo é essencialmente um instrumento a serviço do direito material e a efetividade (entendida como aptidão a gerar os resultados pretendidos) daquele, embora não exclusivamente, é medida pela capacidade de real atuação da vontade concreta do direito objetivo (substancial). O processo, conquanto tenha um relevante valor intrínseco, na medida em que é garantia de legalidade e meio de controle do exercício do poder, é concebido para socorrer os valores consagrados no plano substancial.

Por isso, é natural que, sem qualquer risco de retrocesso ao sincretismo (supra n. 11), o processo muitas vezes considere as peculiaridades da relação material controvertida. Assim, o estudo do direito processual à luz das situações concebidas pelo direito material dá àquele primeiro contornos menos abstratos e teóricos. O direito material é uma espécie de «banco de prova» para o direito processual (Dinamarco) e o diálogo entre ambos tende a ser rico. O estudioso do processo tem o dever de identificar e de refletir sobre as situações de direito material que mais diretamente possam ter relação com institutos processuais.

Mesmo quando o processo está a serviço do próprio processo, a instrumentalidade está presente. Com efeito, há casos em que medidas judiciais não têm por objeto a tutela de posições jurídicas situadas no plano substancial do

ordenamento, mas daquelas que integram a relação jurídica processual. É o caso da tutela cautelar (infra n. 185), em que se busca preservar a utilidade e eficácia da decisão que terá por objeto a controvérsia de direito material. Também é possível que o processo busque exclusivamente preservar o direito à prova, que apenas indiretamente se relaciona com o direito material. Nesses casos, fala-se em *dupla instrumentalidade* porque o processo está a serviço do próprio processo (instrumento). Há, ainda, casos de medidas judiciais tendentes a preservar exclusivamente posições processuais, como é o exemplo do mandado de segurança impetrado por terceiro que deveria obrigatoriamente ter integrado dado processo (litisconsorte necessário) e dele permaneceu excluído.

14. Direito processual material? A distinção entre direito material e processual evidencia a autonomia entre os dois ramos. A relação disciplinada no plano substancial não se confunde com a que se estabelece quando desencana a atividade tendente à superação imperativa dos conflitos. São diversos os sujeitos, o objeto e os requisitos de cada qual (infra n. 17). Por isso, não é correto qualificar-se o direito processual como «adjetivo» e, a rigor, nem o direito material como «substantivo».

Contudo, há casos nos quais a proximidade é evidente. Alguns institutos são reivindicados pelo direito material e pelo processual, a ponto de se cogitar da existência de uma espécie de fusão, a ensejar a categoria do direito «processual material». É pensar nos temas da *prova* e da *responsabilidade patrimonial*, que são objeto de disciplina legal tanto pelo Código Civil, quanto pelo Código de Processo Civil (arts. 212 e seguintes e 391 e seguintes do CC, bem como arts. 332 e seguintes e 591 e seguintes do CPC). É pensar também nas condições da ação (especialmente a possibilidade jurídica do pedido e legitimidade), que, enfatizando o caráter instrumental do instituto, afastam-se de seu caráter abstrato e incondicionado, para ligá-lo ao direito material (infra n. 191).

Fala-se em «pontos de estrangulamento»; cuja existência é inegável, mas que não deixam de refletir alguma imprecisão conceitual. Se a dúvida se justifica pela proximidade de institutos próprios dos diferentes planos e pela influência que direito material possa ter sobre o processo, a incerteza deve, tanto quanto possível, ser afastada, se consideradas as repercussões práticas que decorrem da necessária distinção, examinadas na sequência.

Nesse contexto e não obstante a excelência de suas origens, refuta-se a existência de um «direito processual material». Se há normas processuais geradoras de situações «exteriores» ao processo, isso se explica porque não se pode entender aquela categoria como em oposição à outra, que exclusi-

vamente regularia os «bens da vida» (as normas materiais). Então, ao invés de se buscar a distinção entre normas processuais «materiais» e «formais», é mais correto buscar um conceito adequado e único. Não há formalismo ou exagero na posição assim assumida. Pelo contrário, a concepção de um direito processual material parece equivocada porque fundada na premissa de que norma processual não regularia «bens da vida».

15. Normas processuais e efeitos substanciais. Pelo caráter instrumental do processo, há casos em que normas processuais geram efeitos substanciais relevantes; que poderiam até ser qualificados como «situações exteriores» ao processo (sem que seja preciso aceitar a categoria acima mencionada). Por exemplo, quando a lei processual determina que, na execução por quantia certa, o réu será citado para pagar ou nomear bens à penhora em três dias (CPC, art. 652), não se pode dizer que a norma tenha natureza material porque dilata o prazo do devedor para pagar. Mas diversamente disso, quando a lei prevê que, em certas condições, o devedor pode requerer seja admitido a pagar sua dívida em parcelas mensais (CPC, art. 745-A), não há como negar que a norma, por interferir diretamente com prazo de natureza obrigacional é, quando menos em parte, substancial; como são seus efeitos.

«Ainda para ilustrar: em matéria de locação, o art. 74 da Lei 8.245/1991, em sua redação original, dispunha que, não sendo renovada a locação pretendida em ação renovatória, o prazo de desocupação seria de seis (6) meses a contar do trânsito em julgado da decisão. Assim, norma que interfere de forma relevante com o prazo de duração de um contrato não pode ser tida como de efeitos meramente processuais.

Outra situação: quando a lei autoriza a penhora de percentual de fatura-mento de uma empresa (CPC, art. 655, VII) e o juiz, com a nomeação de um administrador (CPC, art. 655-A, § 3.º) a limita a valores que permitam a continuidade do empreendimento (o que guarda analogia com verdadeiro parcelamento), são inegáveis os efeitos substanciais – não apenas jurídicos, mas econômicos – da norma ou, nesse caso, da decisão que a aplica. Aliás, nesse caso, há a analogia com o regime de recuperação judicial estabelecido pela Lei 11.101/2005.»

Sob essa ótica, o tempo necessário para o processo tem, por si só, alguma repercussão substancial ou, para usar a terminologia empregada acima, é gerador de «situações exteriores». Sob a ótica do autor que tenha razão, o tempo do processo gera o que em doutrina se qualificou de «dano marginal»; que se procura atenuar, dentre outros, mediante antecipação da tutela, quando cabível a providência (infra n. 187). Sob a ótica do réu que não tem razão, o tempo do processo pode atuar como mais um elemento na administração de seus passivos; a Fazenda Pública que o diga.

«A Fazenda Pública não está sujeita ao cumprimento de sentença conforme vigora para os demais devedores de quantia. Esses estão sujeitos à invasão de sua esfera patrimonial e, tratando-se de dinheiro, à penhora e à execução forçada de seus bens. Já o patrimônio da Fazenda é impenhorável. A «execução» contra esse ente se dá na forma dos arts. 100 da CF e 730 do CPC, mediante a expedição de ofícios requisitórios, que devem ser pagos segundo uma ordem cronológica. Mas a falta de pontualidade nos pagamentos – respaldada inclusive por sucessivas alterações da Constituição Federal – já se tornou institucional a ponto de merecer inserção numa obra com esse perfil, para que o iniciante no estudo do processo saiba como funciona esse relevante segmento de atuação do Judiciário.»

Inversamente, para o réu que tem razão, a pendência do processo pode ter efeitos econômicos e jurídicos relevantes (restrição a crédito, à participação em licitações ou prejuízo ao exercício de cargos públicos, por exemplo). Até mesmo o autor que não tem razão pode pretender extrair do processo algum benefício advindo da respectiva pendência e duração – é pensar, por exemplo, nos casos da assim denominada *sham litigation*, conceito invocado na tutela da concorrência.

«A configuração desse instituto é associada à ideia de uma demanda (um conjunto delas) objetivamente desprovida de fundamento, isto é, em situação na qual o autor não pode razoavelmente esperar sucesso quanto ao mérito; além da intenção de interferir diretamente com a atuação de um concorrente. A instauração do processo, assim, buscaria incutir temor no demandado, a ponto de prejudicar a comercialização de seu produto. O diferencial estaria em ir a juízo sem fundamento, apenas para prejudicar o concorrente, mediante redução de sua demanda, de seus investimentos ou de sua produção.»

O processo exige tempo, mas é preciso cuidado para que sua duração não acabe funcionando, distorcidamente, como fonte geradora autônoma de posição de vantagem (jurídica ou econômica) no plano substancial, em prol daquele que não está amparado pelo direito objetivo. Por isso é que a garantia da inafastabilidade traz consigo a exigência de *duração razoável do processo*, hoje positivada no art. 5º, LXXVIII, da CF (infra n. 52). Além disso, o resultado final deve, na medida do possível, proporcionar ao vencedor a integral recuperação das perdas que o processo – justamente pelo tempo que ocupou – possa ter gerado. Isso é o que inspira, por exemplo, a regra do art. 20 do CPC.

16. Normas processuais fora do Código de Processo Civil. A determinação do elemento conceitual de norma de processo faz irrelevante sua possível inserção em diploma que congregue normas de direito material. Isso ocorre no Código Civil e seguramente em leis extravagantes. Não é a topologia que define a natureza da norma, mas sim o objeto da disciplina por ela estabelecida.

Nos casos em que a mesma matéria seja objeto de disciplina concomitante, a convivência dos textos pode se traduzir em tarefa difícil. No terreno da prova – um dos «pontos de estrangulamento» de que se falou acima – isso aparece com clareza porque tanto o Código de Processo Civil quanto o Código Civil tratam de temas iguais. Por exemplo, um e outro arrolam os meios de prova; mas a lei civil inclui no rol a presunção, que não está no CPC e à qual a doutrina processual recusa (corretamente, por sinal) a natureza de meio de prova. Outro exemplo: as hipóteses de incapacidade, impedimento e suspensão de testemunhas do art. 228 do CC não correspondem exatamente ao rol do art. 405 do CPC. Fora do campo da prova, o CPC estabelece que a propositura da demanda, desde que a citação se consume de forma tempestiva, é interruptiva da prescrição (art. 219); já o Código Civil, aparentemente retrocedendo ao sistema do CPC de 1939, remeteu a interrupção ao primeiro despacho do juiz (art. 202, I).

«Além disso, é considerável a quantidade de dispositivos do Código Civil que, adotando *conceitos vagos* ou *inderminados*, remetem à integração por parte do juiz ou, de alguma forma, permitem que ele interfira no conteúdo do ato praticado pelas partes. A título meramente exemplificativo, podem ser lembradas as disposições dos arts. 156 (a propósito do “estado de perigo”, fala em “grave dano” e “obrigação excessivamente onerosa”), 157 (ao tratar da “lesão”, menciona “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”), 187 (sobre o “abuso de direito”, alude a ato que “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”), 317 (menciona motivos “imprevisíveis” a gerar “desproporção manifesta”, a permitir correção pelo juiz), 413 (sobre a cláusula penal, alude à redução equitativa pelo juiz, se o montante da penalidade for “manifestamente excessivo”, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio), 478 (nos contratos de execução continuada ou diferida, estabelece que se a prestação de uma das partes se tornar “excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, poderá o devedor pedir a resolução do contrato), 479 (referente à oferta do réu, a ser apreciada naturalmente pelo juiz, de “modificar equitativamente as condições do contrato”), 480 (alude novamente à “onerosidade excessiva”); art. 572 (no contexto da locação, fala em “indenização excessiva”, remetendo ao juiz o poder de fixá-la em “bases razoáveis”), 575, parágrafo único (também na locação, cogita de arbitramento de aluguel “manifestamente excessivo”, a ser reduzido pelo juiz) e 621 (na empreitada, também se vale da expressão “excessiva onerosidade”).»

Em eventual conflito, a interpretação – por método lógico-sistemático – há que considerar a *especialidade* (infra n. 20): na premissa de que efetivamente se trate de norma processual (isto é, aquela que regula ou o procedimento ou a relação jurídica processual), haverá de prevalecer a primeira, como igualmente deveria ocorrer em eventual hipótese inversa.

17. Desdobramentos da distinção entre direito material e processual. A distinção entre os dois ramos é relevante para diferentes fins. Um dos mais relevantes diz com a competência legislativa.

Com efeito, a Constituição Federal impõe competência exclusiva da União para legislar sobre direito tributário, mas no art. 23 aceita a competência concorrente dos Estados e Distrito Federal para tratar de custas dos serviços forenses (inciso IV). Taxa judiciária é tributo; mas, ao mesmo tempo, o ônus de seu pagamento ou antecipação é regra constante da lei processual e é requisito para que o juiz dê andamento ao processo e para que o tribunal conheça dos recursos que lhe competem (CPC, arts. 268, 526, § 1.º, 500, parágrafo único, e 511). De forma análoga, embora seja privativa a competência da União para legislar sobre processo civil (CF, art. 23, I), o art. 24, XIII, tolera a concorrência na disciplina da assistência jurídica e da defensoria pública. Da determinação da natureza das normas depende, portanto, sua conformidade, ou não, com a Constituição Federal.

Outro tema relevante diz com a eficácia da norma no tempo. Normas processuais, salvo disposição expressa em contrário, aplicam-se imediatamente a processos pendentes; o que usualmente não é regra aplicável ao direito material, que preserva a incidência do direito vigente ao tempo da prática do negócio jurídico, ainda que seus efeitos se produzam ao longo do tempo (certo que com a ressalva do disposto no art. 2.035 do CC). Portanto, a distinção é relevante para a aplicação da lei nova no tempo e, mais do que isso, no espaço: conquanto o Judiciário brasileiro possa, a depender do caso, aplicar direito material estrangeiro, normas processuais serão exclusivamente as nacionais. Isso, contudo, não ocorre necessariamente no caso da jurisdição arbitral, dado seu caráter convencional, que permite a escolha das normas de processo, tanto que respeitadas os princípios ou regras que integram o conceito de devido processo legal (tal como concebido pelo direito positivo).

A distinção entre norma de direito material e processual pode também ser relevante para efeito de interpretação (infra n. 19 e 20). Normas que regulam o processo (estatal ou arbitral) integram o direito público, ainda que a controladora submetida ao Judiciário seja de direito privado e que, eventualmente, envolva direitos patrimoniais disponíveis. Também por isso as possibilidades de convenção em matéria processual — ao contrário do que se passa no campo do direito substancial — são consideravelmente limitadas quando se trata de processo estatal. Já isso, uma vez mais, não ocorre no processo arbitral: conquanto as normas que o regulem não percam sua natureza processual, elas decorrem essencialmente da vontade das partes, que é elemento dos mais relevantes na interpretação da norma no aludido âmbito.

CAPÍTULO III

FONTES, INTERPRETAÇÃO E EFICÁCIA DA NORMA PROCESSUAL

18. Fontes da norma processual. Como se costuma apontar em doutrina, a expressão fontes do direito é equívoca: pode indicar tanto o sujeito do qual emanam as normas, como o mecanismo pelo qual são criadas. Dá-se falar respectivamente em fontes *materiais* e *formais*. Aquelas são o Estado e, em última análise, a própria sociedade; já as outras correspondem às estruturas de poder (Miguel Reale) ou aos canais pelos quais as normas são constituídas e assumem relevância jurídica (Dinamarco).

A primeira e fundamental fonte formal das normas processuais é a *Constituição Federal*. É nela que estão as normas que estruturam o Poder Judiciário, estabelecem os mecanismos integrantes da assim denominada jurisdição constitucional das liberdades (infra n. 41) e disciplinam a tutela constitucional do processo.

Outra fonte formal está nos *tratados internacionais* dos quais o Brasil seja signatário. Quando relativos à tutela de direitos humanos eles têm *status* de emenda constitucional e, portanto, integram o ordenamento jurídico nacional (CF, art. 5.º, §§ 2.º e 3.º). Dentre eles destaca-se o assim denominado Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado ao direito positivo pelo Decreto 678/1992. Dentre outras disposições, a Convenção já estabelecia o direito ao processo em tempo razoável (art. 8.º, 2.ª alínea *h*) — hoje também previsto no art. 5.º, LXXXVIII, da CF. Sempre que um tratado internacional trouxer normas processuais, como é o caso das expostas acima, ele será fonte formal de normas dessa espécie.