Capítulo II – A LEI PROCESSUAL CIVIL – CONCEITO, OBJETO E DIMENSÕES

20. a norma processual civil e seu objeto. 21. normas processuais e normas procedimentais. 22. as normas processuais como normas secundárias. 23. normas processuais civis cogentes ou dispositivas. 24. fontes formais da norma processual civil. 25. a Constituição Federal. 26. tratados internacionais. 27. a lei processual. 28. leis federais ordinárias. 29. leis complementares federais. 30. Constituições e leis estaduais. 31. regimentos internos dos tribunais. 32. as leis da arbitragem e da mediação. 33. a jurisprudência como fonte do direito? uma questão polêmica a ser decidida com fundamento no direito positivo. 34. a jurisprudência como fonte do direito segundo o ordenamento jurídico brasileiro da atualidade. 35. as súmulas vinculantes. 36. repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos. 37. conhecimento da lei processual. 38. interpretação e integração da lei processual civil. 39. as dimensões da lei processual civil: normas de superdireito. 40. dimensão espacial da lei processual civil: territorialidade.

20. a norma processual civil e seu objeto

Norma é preceito. É regra de conduta ou de atribuição de bens. Seja no direito material ou no processual, toda norma é composta de uma abstrata definição de fatos previstos (*fattispecie*) e da determinação de sua consequência jurídica (*sanctio juris*). Em seu conjunto, a norma expressa um juízo de valor do ente que a emite sobre os fatos possíveis e selecionados no primeiro de seus elementos. Esse juízo, que transparece no segundo elemento (*sanctio juris*), será de aprovação ou de reprovação, conforme os fatos previstos sejam havidos por favoráveis ou desfavoráveis aos valores escolhidos pelo autor da norma (Carnelutti). A concreta ocorrência dos fatos tipificados desencadeia a consequência jurídica estabelecida, fazendo com que surja uma situação jurídica nova. É usual aludir-se ao preceito abstrato residente na *sanctio*

legis como *vontade abstrata da lei* e ao preceito concreto decorrente da ocorrência dos fatos previstos como *vontade concreta* (Chiovenda).

> Se o réu não apresenta resposta no prazo essa omissão é um fato previsto na *fattispecie* do art. 344 do Código de Processo Civil. A *sanctio juris* consistente na dispensa de prova dos fatos alegados pelo autor é manifestação do juízo de valor que o legislador fez quanto àquela conduta omissiva. A vontade abstrata do art. 344 é que todo autor seja dispensado desse ônus sempre que o réu não responda à inicial. Em cada caso em que aconteça tal omissão desencadear-se-á a vontade concreta do direito no sentido de dispensar a prova (CPC, art. 371, inc. III).

Toda norma tem sobre os destinatários a mesma capacidade de comando ou influência que tiver o ente que a emite e quer seu cumprimento. Tal é o significado das normas religiosas, éticas, esportivas *etc.* Feitos os descontos decorrentes da precariedade dos meios de exigência ou imposição do cumprimento da norma em certos casos, ela sempre revela um vínculo entre o ente produtor e o destinatário, sendo aquele, em alguma medida, capaz de ordenar certas condutas e repelir outras. Diz-se *jurídica* a norma que rege imperativamente as relações entre dois ou mais indivíduos ou grupos, atribuindo-lhes bens ou determinando-lhes condutas comissivas ou omissivas, com a possibilidade de imposição de seus preceitos contra a vontade dos destinatários. As normas jurídicas são ditadas *pelo Estado* ao positivar seu *poder* nas leis das mais variadas classificações hierárquicas (Constituição, leis complementares ou ordinárias, regulamentos, regimentos *etc.*); *pelos grupos sociais*, diretamente (usos e costumes); *pelos entes intermediários* entre o Estado e os indivíduos (estatutos, atos constitutivos de pessoas jurídicas em geral) ou *pelos próprios indivíduos* mediante atos reveladores da autonomia da vontade (negócios jurídicos). As normas instituídas pelos indivíduos ou pelos entes intermediários são vinculantes na medida de sua compatibilidade com o sistema normativo estatal (Constituição, leis), do qual recebem legitimidade e sua própria capacidade de impor condutas ou atribuir bens. As normas jurídicas ditadas pelo Estado, além

de condicionarem as demais e serem o suporte da obrigatoriedade de todas, recebem dele o predicado da *inevitabilidade*. Dizem-se *inevitáveis* as normas estatais no sentido de que não tem o indivíduo a faculdade de descumpri-las ou furtar-se ao seu império afastando-se do convívio social como quem se afasta de uma entidade religiosa ou de um clube esportivo. A inevitabilidade das normas estatais é reflexo da inevitabilidade do próprio Estado.

> A inevitabilidade do Estado e dos atos de exercício do poder estatal transparece no repúdio do direito moderno à velha concepção privatística do *processo como contrato*. Deve servir de premissa para a solução de muitos problemas conceituais e práticos de direito processual, ligados à colocação do direito processual como ramo do direito público (*supra*, n. 9). Por outro lado, algum desconto deve ser dado às normas estatais não cogentes, ou seja, *dispositivas*, que comportam algum grau de modificação pelos sujeitos interessados. Inovando no sistema, o Código de Processo Civil de 2015 autoriza certos *negócios jurídicos processuais* a serem ajustados entre as partes com a eficácia de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa e tendo em vista a conveniência de agilizá-lo e torná-lo mais aderente à realidade (art. 190); com esse mesmo espírito autoriza as partes também, sempre sob a supervisão e censura do juiz, a fixar um *calendário* para a realização dos atos do processo em dada causa (art. 191). Essas aberturas têm o poder de mitigar o caráter cogente e inevitável das normas legais sobre o procedimento, impondo-lhes, em alguma medida, algum caráter de *disponibilidade* (*infra*, n. 23).

As normas estatais são em si mesmas *imperativas*, porque ditadas no exercício do *poder estatal*, que se conceitua como *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões soberanas*; sua imperatividade constitui projeção do *imperium* de que é investido o ente que as emite – o Estado. Ao dispor em sede legislativa sobre os bens e condutas que constituem objeto das normas que edita, este *positiva* seu poder, ou seja, ele o exerce efetivamente e *põe* na ordem jurídica o resultado desse exercício – e vem daí o significado da locução *direito positivo*. Algumas normas oriundas de outros entes produtores recebem do sistema estatal a sua força vinculante, na medida em que o Estado, aceitando-as, dispõe-se a proporcionar sua efetividade independentemente ou mesmo con-

tra a vontade dos sujeitos obrigados a dar-lhes cumprimento (é o que sucede com os contratos ou estatutos *etc.*).

Quando a norma jurídica tem por objeto o exercício da função pacificadora que é a *jurisdição* e refere-se portanto às condutas inerentes à realização do processo, ela se qualifica como *norma processual*. Sabendo-se que a jurisdição é exercida pelo Estado-juiz com plena abertura à participação de um sujeito que veio pedir a tutela jurisdicional (autor, demandante) e de outro em relação ao qual a tutela é pedida (réu, demandado), todos operando segundo determinado método (o devido processo legal), segue-se que o objeto da norma processual abrange as situações de todos esses três sujeitos e de suas condutas coordenadas ao objetivo final de pacificação. Nisso as normas processuais diferem das de direito material, as quais regem diretamente a atribuição de bens e determinação de condutas das pessoas em suas relações na vida comum.

Norma processual é portanto todo preceito jurídico regulador do exercício da *jurisdição* pelo Estado, da *ação* pelo demandante e da *defesa* pelo demandado – três atividades que se desenvolvem em um só ambiente comum, ou mediante um só método de trabalho, que é o *processo*.

Os *limites* em que a jurisdição se exerce legitimamente e a definição dos casos em que está excepcionalmente excluída; as *condições* para seu exercício em cada caso concreto; a definição de *quem a exerce*, ou como se distribui o exercício da jurisdição entre os juízes do país; *como se exerce* e a conjugação de seu exercício com o exercício dos poderes e faculdades inerentes à ação e à defesa pelas partes; *onde* se exerce, *quando* se exerce, *qual eficácia* têm as decisões e *qual grau de imunidade* as protege contra ulteriores ataques (preclusões, coisa julgada) – eis algumas ilustrações da trama de atividades e situações dos sujeitos do processo, regidas pela norma processual.

21. normas processuais e normas procedimentais

O processo, como realidade fenomenológica, é uma entidade complexa em que figuram dois elementos distintos e interligados:

o *procedimento*, como série de atos coordenados a partir de uma iniciativa de parte (demanda) e direcionados a um provimento do juiz (no processo ou fase de conhecimento, sentença de mérito); e a *relação jurídica processual*, que é um vínculo dinâmico e complexo entre os sujeitos processuais (juiz, autor e réu) e se expressa nas inúmeras situações ocupadas por eles do princípio ao fim (deveres, poderes, faculdades, ônus, sujeição, autoridade). Em preciosa síntese, disse a doutrina que o processo se constitui, ao mesmo tempo, de *uma relação entre seus sujeitos e de uma relação entre seus atos* (Liebman).

Existem vozes na doutrina a sustentar uma precisa distinção entre normas processuais *stricto sensu* e normas procedimentais, mas essa distinção só em modesta medida e sob significativas ressalvas compatibiliza-se com a natureza complexa do processo, porque se apoia na premissa de que processo e procedimento sejam fenômenos independentes e autônomos. Superada essa visão inadequada dos fenômenos *processo* e *procedimento*, não há como distinguir, com nitidez, segurança e generalidade, normas alusivas a um e normas alusivas a outro. Toda norma sobre o procedimento em juízo é norma processual porque o procedimento integra o conceito de *processo*. É impossível distinguir normas que disciplinem o procedimento sem influir no modo de ser da relação jurídica processual que lhe está à base e, portanto, também impossível encontrar normas de direcionamento exclusivo ao procedimento e normas direcionadas só à relação processual.

A Constituição Federal, todavia, realimenta essa distinção ao estabelecer a competência concorrente da União e Estados para legislarem sobre *procedimentos em matéria processual* (art. 24, inc. XI), em confronto com a competência federal exclusiva para ditar normas de *direito processual* (art. 22, inc. I). Essas disposições obrigam o intérprete a renunciar à precisão dos conceitos e admitir que na ordem jurídica *brasileira* podem existir normas puramente procedimentais ao lado de normas processuais *stricto sensu*. É preciso penetrar no pensamento do constituinte e, em consonância com o sistema processual como um todo, buscar o significado útil dessa distinção (interpretação sistemática).

Dado que no processo se entrelaçam o procedimento e a relação jurídica vinculativa de seus sujeitos, entende-se que as normas processuais *stricto sensu* seriam os preceitos destinados a definir os poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeição dos sujeitos processuais (relação jurídica processual), sem interferir no desenho das atividades a realizar (procedimento). *Normas procedimentais*, nesse contexto, seriam aquelas que descrevem os modelos a seguir nas *atividades* desenvolvidas ao longo do procedimento, a saber, (a) o elenco de atos que compõem cada procedimento, (b) a ordem de sucessão a presidir a realização desses atos, (c) a forma que deve ser observada em cada um deles (modo, lugar e tempo) e (d) os diferentes tipos de procedimentos disponíveis e adequados aos casos que a própria norma estabelece.

> Apesar da permissão constitucional à legislação estadual em matéria procedimental (art. 24, inc. XI), até hoje em nenhum dos Estados da Federação foi editada lei alguma sobre essa estranha matéria.

Mesmo aceitando a (relativa) imposição constitucional de distinguir normas processuais *stricto sensu* e normas procedimentais, continuaremos a empregar ordinariamente a locução *normas processuais* no sentido amplo, desconsiderada tal distinção.

> Existem ainda as *normas de organização judiciária*, que convivem com as duas categorias precedentes e também são sujeitas a critérios diferentes de competência legislativa. Constitui tendência entre os processualistas modernos a absorção da organização judiciária no objeto de seus estudos, embora se incluam entre essas normas organizacionais as que disciplinam a *administração* do Poder Judiciário, sem natureza processual. As normas gerais da organização judiciária brasileira são ditadas superiormente pela Constituição Federal (arts. 92 ss.) e pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (lei compl. n. 35, de 14.3.79, na medida de sua *recepção* constitucional), sendo esperado o Estatuto da Magistratura, que há décadas a Constituição prevê mas não foi editado até hoje (Const., art. 93). A essas normas superiores devem ater-se as que a própria União e os Estados editam para a organização de suas Justiças (*infra*, n. 209).

22. as normas processuais como normas secundárias

Como o direito processual não se propõe a reger diretamente as relações das pessoas ou grupos na vida comum nem a atribuir-lhes bens da vida ou definir-lhes ou sancionar-lhes as condutas em seu convívio em sociedade – mas a regular a vida *do processo* e as atividades dos sujeitos que nele atuam – segue-se que as normas processuais têm *caráter instrumental* perante as de direito material. A estas, sim, compete aquela disciplina.

Tal caráter instrumental qualifica as normas processuais como *secundárias*. Situam-se em um segundo plano, de onde regem as atividades mediante as quais as normas primárias ganham efetividade graças a decisões e atos materiais dotados de imperatividade, realizados pelo juiz. Essas atividades atingirão seu objetivo quando tiverem conduzido à definição de direitos e obrigações entre os litigantes, ou mesmo à satisfação do titular de direito (sentenças constitutivas, execução forçada) – mas as regras das quais emerge o desenho dessas situações jurídicas são as substanciais e não as processuais. A atuação daquelas, em caso de conflito envolvendo indivíduos ou grupos, depende das atividades regidas por estas.

> Daí ter a doutrina definido a norma processual como *norma de atuação jurídica*, no mesmo plano de outras normas secundárias, que são as de *produção* jurídica (direito internacional privado, normas sobre processo legislativo *etc.*). Tanto aquela como estas integram o que se chamou *direito sobre direito*, ou *superdireito* (Liebman).

23. normas processuais civis cogentes ou dispositivas

As normas processuais são de *direito público* pelo simples fato de regerem relações com o Estado, estando este no exercício do poder (*supra*, n. 8). Isso não significa que todas elas sejam *de ordem pública*. São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) 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 proces-

suais de ordem pública e outras, também processuais, que não o são.

Ordem pública é o *conjunto de valores, princípios e normas* transcendentes às esferas individuais de direitos, cuja observância interessa à sociedade como um todo ou às instituições do Estado, que a corporifica (*interest rei publicæ*). Normas cujo conteúdo diga respeito à preservação desses valores são, por essa mesma razão, dotadas de imperatividade absoluta, ou seja, são *cogentes*.

Não é possível traçar conceitos muito rígidos ou critérios apriorísticos bem nítidos para a distinção entre normas cogentes e normas dispositivas. Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição estatal (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 destas ou eventual disposição que venham a fazer em sentido diferente.

Há normas processuais sobre *competência* que se relacionam intimamente com a estrutura do Poder Judiciário e cujo cumprimento é reputado essencial para a manutenção da ordem idealizada pelo constituinte e pelo legislador; tais normas estabelecem a *competência absoluta*, que não deve ser violada em hipótese alguma (*v.g.*, competência da Justiça Federal ou das Estaduais comuns – Const., art. 109). Mas há também normas sobre competência que correspondem a meros critérios pragmáticos, às vezes visando a facilitar a defesa de uma das partes e que, se violadas, nem por isso se compromete a qualidade do serviço jurisdicional ou a estrutura judiciária (*v.g.*, a competência do foro em que o réu tem domicílio – CPC, art. 46); é por isso que nesses casos a competência se diz *relativa* e em certas circunstâncias pode ser alterada pela vontade das partes. Outro exemplo são as *nulidades*, que se dividem em *absolutas* e *relativas* segundo critérios substancialmente coincidentes com esses descritos (CPC, arts. 279, 280 *etc.*).

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 que de acordo; estas, dotadas de imperatividade relativa e portanto portadoras de preceitos suscetíveis de serem alterados pelos litigantes. Assim, p.ex., sendo norma dispositiva a que fixa a competência do foro do domicílio do réu, podem as partes pactuar previamente a derrogação dessa regra, elegendo outro foro (CPC, art. 63); e pode também o réu, simplesmente deixando de impugnar a escolha de outro foro pelo autor, permitir que a competência do foro escolhido se *prorrogue*, isto é, que ela se amplie a ponto de comportar a inclusão da causa ali proposta e que, segundo a lei, seria da competência de outro foro (CPC, art. 65 – *infra*, n. 274). De um modo geral, as nulidades relativas consideram-se sanadas se a parte prejudicada deixar de alegá-las na primeira oportunidade em que se manifestar no processo (art. 278), o que não acontece em relação às absolutas.

24. fontes formais da norma processual civil

Fontes formais 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 exigir sua observância. São, por esse aspecto, as *formas de expressão do direito positivo*. Direito é o sistema normativo de um Estado ou de alguma comunidade, não importando se é bastante ampla ou muito restrita (sociedades empresárias, associações esportivas, culturais, religiosas *etc.*). É composto pelas normas positivadas através das diversas fontes formais, mais os valores que lhes estão à base, devendo transparecer no exame de cada fato relevante para a vida das pessoas ou grupos.

É ambíguo o significado da locução *fonte do direito*. Tradicionalmente ela é empregada para designar os modos como o direito se expressa, ou seja, os *modos de expressão do direito*. Mas por *fonte do direito* pode-se também designar o próprio ente que produz a norma, ou a vontade desse ente – o Estado, a própria sociedade, os grupos, os indivíduos e os entes intermediários institucionalizados (tais são as fontes substanciais do direito). Por isso, parte da doutrina prefere referir-se a *fonte* somente nesse sentido, designando os atos de produção jurídica por *modos de expressão*

do direito. Falando-se porém em *fontes formais do direito*, que não se confundem com suas *fontes substanciais* (os entes produtores), qualquer mal-entendido fica afastado.

As fontes formais da norma processual civil são a própria Constituição Federal e os demais atos que, na condição de *tête de chapitre*, ela prevê ou consente, a saber: a lei complementar, a ordinária, os tratados internacionais, os princípios gerais do direito e os usos e costumes forenses.

Ao relacionar as possíveis fontes, consideradas em tese e sem especificações relacionadas com as fontes em determinado ordenamento jurídico, fala a doutrina em *fontes abstratas do direito*. E *fontes concretas* são as fontes formais consideradas em dada ordem jurídica, em dado momento. Uma fonte concreta aceita no presente momento neste país pode inexistir em outro e pode também não ter existido aqui mesmo, em tempos passados – sendo exemplo típico dessas possíveis diversidades temporais a aceitação da jurisprudência como fonte do direito pelo atual Código de Processo Civil brasileiro, em contraposição à sua não aceitação na legislação anterior.

25. a Constituição Federal

Da Constituição Federal vêm (a) as normas integrantes da *tutela constitucional do processo*, portadoras de garantias que expressam os princípios fundamentais do sistema (controle jurisdicional, isonomia, juiz natural, contraditório e ampla defesa, devido processo legal *etc.*), (b) as que estruturam a *jurisdição constitucional*,[1] (c) as que asseguram e dão a medida da indepen-

1. *Jurisdição constitucional*: conjunto de medidas jurisdicionais asseguradas pela Constituição Federal para a tutela a pessoas ou grupos em certas situações específicas (*tutelas jurisdicionais diferenciadas*): ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, ação popular, *habeas corpus*, mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas data*, mandado de injunção, ação civil pública. Pela destinação desses meios processuais-constitucionais à preservação das pessoas, fala-se em *jurisdição constitucional das liberdades* (*infra*, n. 109).

dência do Poder Judiciário como um todo e dos juízes individualmente, (d) as que ditam a estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores da União (entre os quais o Superior Tribunal de Justiça), (e) as que dispõem sobre a estrutura e competência das diversas Justiças e (f) as que fixam critérios para a legislação infraconstitucional sobre o processo mesmo, sobre *procedimentos* e sobre organização judiciária. As normas processuais fixadas na Constituição Federal, as garantias constitucionais e os princípios ali definidos (tutela constitucional do processo) transparecem depois nas leis de diversas classes, às quais incumbe especificar o que vem daquele nível mais elevado – e o Código de Processo Civil brasileiro mostra-se particularmente empenhado em fazer tais especificações com relação a diversos atos ou situações do processo, em uma atitude de sadio zelo pela preservação das garantias constitucionais do processo (arts. 1º, 3º, 4º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11 *etc.*).

A exigência constitucional de *motivação das decisões judiciárias*, contida no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, é reproduzida em mais de um dispositivo do Código de Processo Civil (arts. 371 e 489, inc. II). O *mandado de segurança*, assegurado constitucionalmente (Const., art. 5º, inc. LXIX), é disciplinado por lei específica (lei n. 12.016, de 7.8.09). Os *juizados especiais* e o processo especialíssimo que perante eles se celebra estão previstos constitucionalmente (art. 98, inc. I) e são regidos pela Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95) *etc.* Além disso, garantias constitucionais mais amplas e menos precisas, como a do *devido processo legal* e a do *contraditório* (Const., art. 5º, incs. LIV e LV), estão explícita ou implicitamente presentes em todo o complexo de normas contidas nas leis infraconstitucionais, especialmente no Código de Processo Civil, impondo-se também como guia interpretativo destas. Cumprir os procedimentos adequados, observar racionalmente as exigências formais do processo, assegurar o direito à prova *etc.* são meios de dar efetividade àqueles ditames constitucionais mediante atuação do que está no Código de Processo Civil e nas demais normas processuais infraconstitucionais; as leis processuais definem os modos pelos quais se realiza o *controle jurisdicional inafastável*, garantido pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º).

26. tratados internacionais

A Constituição Federal considera também integradas à ordem jurídica brasileira as garantias estabelecidas em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Ocupa posição de destaque o *Pacto de São José da Costa Rica*, que é a Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor desde 1978, incorporada à ordem jurídica brasileira em 1992 (dec. n. 678, de 6.11.92) e portadora de uma série de *garantias judiciais*. Muito importantes, entre outras, são a da realização do processo em *tempo razoável* e a do duplo grau de jurisdição (art. 8º, 2, letra *h*). Vigem também tratados relacionados com o cumprimento de atos de *cooperação jurisdicional internacional*, seja em relação às cartas rogatórias ou ao chamado *auxílio direto* (CPC, arts. 28 ss.), seja para o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Todos eles são fontes formais de direito processual civil, na medida das normas que contenham sobre essa matéria.

Discutiu-se se as normas estabelecidas em tratados anteriores à Constituição Federal de 1988 consideram-se integradas ao sistema de garantias individuais contido no art. 5º desta ou se simplesmente fazem parte do direito nacional, em nível infraconstitucional. Houve tempo em que a jurisprudência foi bastante restritiva quanto ao reconhecimento do nível constitucional de tais garantias, levanto em conta o disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". No presente, todavia, o Supremo Tribunal Federal opta pela tese oposta, conferindo pleno *status* constitucional a todas as disposições sobre direitos humanos contidas em tratados internacionais vigentes no país. Chegou a essa colocação mediante invocação do disposto no § 2º daquele mesmo art. 5º, segundo o qual "os *direitos e garantias* expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos *tratados* internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Mas especificamente no tocante à promessa de tutela jurisdicional em

tempo razoável, contida na Convenção de São José, o problema está superado pela inclusão de idêntico preceito na própria Constituição Federal (art. 5º, inc. LXXVIII – CPC, art. 4º). Aos acordos internacionais *bilaterais* (CPC, art. 24) não se estende tal *status* de norma constitucional.

27. a lei processual

Leis, com a amplitude que ao vocábulo se empresta nesse contexto, são os textos normativos elaborados segundo as competências e o processo legislativo definidos na Constituição e nas leis pertinentes, sempre com a participação do Poder Legislativo. São *processuais* as leis portadoras de normas gerais e abstratas alusivas ao processo, disciplinando o exercício da jurisdição, da ação e da defesa mediante os atos e formas processuais. Quando aludem ao exercício da jurisdição em matéria não-penal essas leis são processuais *civis* (*supra*, n. 3).

> Em sentido muito amplo a categoria *lei* abrangeria também a própria Constituição Federal, mas aqui esta é tratada separadamente, seja pela sua condição de diploma positivador do poder originário, condicionante de todas as demais fontes de direito, seja pela supremacia que exerce sobre elas.

Pelo disposto no art. 22, inc. I, da Constituição Federal, que estabelece incisivamente a competência privativa da União para legislar sobre processo, só poderiam existir neste país leis processuais *federais* e nunca *estaduais*. Mas a própria Constituição outorga aos Estados uma competência concorrente com a da União para legislarem sobre o processo dos juizados especiais (art. 24, inc. X) – o que em alguma medida relativiza aquela norma aparentemente absoluta. Apesar dessa disposição extremamente pontual e discrepante do sistema, tudo quanto diz sobre *lei processual* é dito com referência à lei processual *federal*.

> A Constituição autoriza os Estados a legislar sobre "procedimentos em matéria processual" (art. 24, inc. XI), sendo essa disposição fundada em uma questionada distinção entre processo e

> procedimento e não se tendo notícia de qualquer Estado que haja promulgado alguma lei com esse objeto.

Tanto em matéria processual quanto em qualquer outra, as leis federais apresentam-se nas subespécies de leis complementares ou ordinárias.[2] As leis complementares são hierarquicamente superiores às ordinárias em relação à matéria que disciplinam, constituindo um patamar intermediário entre a Constituição e elas, as quais portanto nunca podem revogá-las ou contrariá-las (Const., art. 69).

> Em alguma medida as leis estaduais sobre organização judiciária, de plena legitimidade perante a Constituição Federal (art. 25), projetam efeitos processuais relevantes, especialmente em matéria de competência. Isso se dá especialmente na distribuição da competência entre varas especializadas ou entre os diversos órgãos dos Tribunais de Justiça.

Não se legisla em matéria processual mediante *decretos* ou *regulamentos*, os quais são atos do Poder Executivo, não se confundem com as leis e não se lhes equiparam para esse fim. É inerente ao sistema de legalidade coessencial ao Estado-de-direito (Const., art. 5º, inc. II) que exclusivamente *a lei* possa, salvo nos casos que a própria Constituição Federal indique, dispor sobre atribuição de bens e determinação de condutas das pessoas ou grupos. Seria contrário ao *substantive due process of law*, nesse contexto democrático, admitir normas sobre processo emitidas pelo Poder Executivo, sem a participação do Legislativo. Por isso, mais de uma vez a Constituição Federal refere-se à *lei* ou emprega o verbo *legislar* ao estabelecer as fontes pelas quais é legítimo gerar normas de direito processual (arts. 93, 98, incs. I-II, 107, par., 109, § 3º, 110, par., 112, 113, 114, 116, par., 125, §§ 1º e 3º *etc.*). Também as *medidas provisórias* são constitucionalmente excluídas em matéria processual (Const., art. 62, § 2º, inc. I, letra *b*).

2. Também nos Estados há leis complementares mas não é usual seu emprego em matéria processual (*cfr.*, p.ex., Const.-SP, art. 174, § 9º).

As medidas provisórias não são leis, embora tenham a eficácia destas por disposição constitucional (Const., arts. 62 e 84, inc. XXVI). Antes do veto constitucional à sua edição em diversas matérias, inclusive em matéria processual, o Governo Federal usou e abusou desse instrumento de origem fascista, na maioria dos casos criando situações processuais favoráveis a si próprio, ou seja, à Fazenda Pública como parte em processos perante o Poder Judiciário. Como todas as medidas provisórias, essas eram ditadas com fundamento nos requisitos de *urgência e relevância* (Const., arts. 62 e 84, inc. XXVI), que nesses casos eram falsos fundamentos, não passando de meros pretextos para o casuísmo fazendário. Felizmente nenhuma delas veio a converter-se em lei, inclusive porque duas tiveram sua eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal e outras não foram reeditadas.

No passado houve o conhecidíssimo Regulamento 737, que foi um ato do Imperador, elaborado sem a participação do Poder Legislativo. Foi editado no ano de 1850 "com a rubrica de Sua Majestade o Imperador" e em seus setecentos e quarenta e três artigos regia "a ordem no processo comercial". Em 1890 um decreto do Poder Executivo republicano mandou observar o Regulamento 737 nas *causas cíveis em geral* (dec. n. 763, de 19.9.90). Compreende-se que se admitissem normas processuais emanadas mediante decretos ou regulamentos naqueles tempos em que a doutrina não reconhecia autonomia à ação e à relação processual, encarando-se o processo como modo de exercício dos direitos (*infra*, n. 136). Daí a consequência de *regulamentar* o exercício dos direitos via processo, por mero *regulamento*.

28. leis federais ordinárias

Lei federal ordinária é a lei aprovada pelos órgãos competentes de nível federal (Congresso Nacional) independentemente de *quorum* especial. Sempre que a Constituição não exija de modo específico que dada matéria seja regida por lei complementar cabe à ordinária essa regência. Por outro lado, reserva-se em princípio à lei *federal* a disciplina do processo em todo o território nacional (Const., art. 22, inc. I), ressalvada a competência concorrente entre União e Estados para legislar sobre o processo das pequenas causas (juizados especiais) e sobre *procedimentos em matéria processual* (art. 24, incs. X-XI – *supra*, n. 21).

Entre as *leis federais ordinárias* figura em primeiro lugar, como fonte formal de direito processual civil, o Código de Processo Civil (lei n. 13.105, de 16.3.15), cujo art. 1º dispõe que por ele se regerá o exercício da jurisdição em todo o território nacional – o que significa que, ressalvadas as disposições em sentido contrário contidas em leis processuais extravagantes, também ao processo regido por estas o Código de Processo Civil se aplicará. Com a edição desse Código foi revogado o anterior (lei n. 5.869, de 11.1.73) e também as dezenas de leis que lhe introduziram modificações a partir do tempo de sua *vacatio legis* e durante toda sua vigência.

> Entre as muitas leis que introduziram modificações ao Código de Processo Civil de 1973 as mais significativas foram as integrantes das chamadas *Reformas do Código de Processo Civil*, editadas principalmente nos anos de 1994, 1995, 2001, 2002, 2005 e 2006 – com especialíssimo destaque para a lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que instituiu o regime do chamado *cumprimento de sentença*. Todas essas leis modificadoras eram fontes formais concretas de direito processual civil, embora incorporadas ao Código então vigente, caindo no vazio e sendo revogadas quando este veio a ser revogado.

Há também leis ordinárias federais verdadeiramente *extravagantes*, alheias ao Código e portadoras de normas processuais em certos setores específicos, como a Lei do Mandado de Segurança, a Lei da Ação Civil Pública, Lei de Arbitragem, Lei da Mediação, Lei dos Juizados Especiais, Lei da Ação Popular, Lei da Assistência Judiciária, Lei do *Habeas Data*, Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade *etc.* Alguns diplomas contêm numerosas e importantíssimas disposições de caráter processual ao lado da disciplina jurídico-substancial de certas matérias específicas – como a Lei de Falências, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Cambial, a Lei das Duplicatas, a Lei do Cheque, as sucessivas Leis do Inquilinato, a Lei dos Registros Públicos *etc.* O próprio Código Civil é portador de algumas normas tipicamente processuais, as quais não têm sua natureza alterada pela sede em que se

encontram (normas processuais *heterotópicas*). São tipicamente processuais, p.ex., a que autoriza o autor a requerer a *separação de corpos* como medida antecedente à demanda de separação judicial, de divórcio ou de dissolução de união estável, devendo o juiz concedê-la *com a possível brevidade* (CC, art. 1.562); a que estabelece a *competência* do juiz do lugar do pagamento para o depósito com força de pagamento (pagamento por consignação – art. 337); as que dispõem sobre a prova (arts. 212 ss.) ou sobre a responsabilidade patrimonial (art. 391) *etc.* Isso significa que também os diplomas legislativos situados preponderantemente no campo do direito material podem ser considerados, em alguma medida, fontes formais concretas do direito processual civil.[3] Além disso, são também fontes formais de direito processual civil, na medida dos dispositivos processuais que contêm, as leis de organização da Justiça Federal, que são *leis federais*. A mais importante delas é a Lei Orgânica da Justiça Federal (lei n. 5.010, de 30.5.66), seguidamente reformada por outras, igualmente federais. Há também a lei que institui o Regimento de Custas da Justiça Federal, com normas significativas de direito processual (lei n. 9.289, de 4.7.96).

> Constituem ainda fontes formais de direito processual civil os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 disciplinadores da execução por quantia certa contra devedor insolvente (*insolvência civil*), cuja vigência o atual ressalvou (CPC-15, art. 1.052).

29. leis complementares federais

São *leis complementares* aquelas para as quais a Constituição Federal exige um *quorum* qualificado (art. 69 – maioria absolu-

3. Sem falar nos *institutos bifrontes*, que comportam regência integrada por normas substanciais e normas processuais (*supra*, n. 7). As normas existentes no Código Civil sobre a prova, a hipoteca ou sobre a legitimidade para propor determinadas demandas integram esse contexto (arts. 249, 346, 365, 809 ss. *etc.*) e constituem o elemento substancial da regência conjunta desses institutos. Para os que negam a existência do *direito processual material* ou para os que simplesmente o ignoram tais institutos devem ser havidos por puramente processuais, e não materiais; consequentemente, para quem pensa assim são processuais e heterotópicas as normas que os regem.

ta dos membros de cada Casa Legislativa). São necessárias, não bastando uma lei ordinária, quanto às matérias para as quais as exige a Constituição. Elas são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, que não as podem revogar nem contrariar (Const., art. 69), e não terão eficácia alguma quando não forem recepcionadas por elas.

Na categoria das *leis complementares federais processuais* encontra-se a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (lei compl. n. 35, de 14.4.79), que deverá ser substituída pelo Estatuto da Magistratura (Const., art. 93), estando em vigor na medida em que recepcionada pela vigente ordem constitucional. Seu objeto é composto por normas sobre a carreira da Magistratura (ingresso, promoção, acesso aos tribunais de segundo grau), cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados, vencimentos, aposentadoria, exigências administrativas e sanções disciplinares, composição dos tribunais, competência destes em matéria administrativa e jurisdicional *etc.*

São também leis complementares federais, portadoras de normas processuais ainda quando não sejam tipicamente processuais elas próprias como um todo, o Estatuto do Ministério Público da União (lei compl. n. 75, de 20.5.93 – Const., art. 128, § 5º), a Lei Orgânica Nacional da Advocacia-Geral da União (lei compl. n. 73, de 10.2.93 – Const., art. 131), a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (lei compl. n. 80, de 12.1.94 – Const., art. 134, par.), a lei que dispõe sobre o procedimento sumário no processo de desapropriação de imóvel rural (lei compl. n. 76, de 6.7.93 – Const., art. 184, § 3º) *etc.*

30. Constituições e leis estaduais

Bem restrito é o espaço ocupado pelos diplomas legislativos estaduais entre as fontes formais de direito processual, dada a competência legislativa da União em matéria processual, que por disposição expressa é em tese exclusiva (Const., art. 22, inc. I). A competência legislativa estadual nessa matéria é somente aquela indicada em preceitos específicos da Constituição Fede-

ral ao aludir às Constituições dos Estados e às suas leis, nela se incluindo exclusivamente as normas (a) sobre o processo dos juizados especiais, (b) sobre *procedimentos em matéria processual* e (c) sobre a competência de seus tribunais e varas especializadas (competência concorrente com a da União na primeira e segunda hipóteses e exclusiva na última).[4]

Às *Constituições estaduais* incumbe fixar normas sobre a competência dos Tribunais do Estado – originária ou recursal (Const., art. 125, § 1º). Não existe qualquer outro dispositivo na Constituição Federal atribuindo competência normativa às Constituições dos Estados em matéria processual. Mesmo assim, estabelecendo a Constituição Federal que "os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição" (art. 125, *caput*), algumas delas trazem em si a disciplina geral da organização judiciária no âmbito dos respectivos Estados. A de São Paulo, p.ex., institui um verdadeiro *sistema de organização judiciária e competências*: contém dispositivos sobre organização e estrutura do Poder Judiciário, carreira da Magistratura, acesso ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça, divisão deste e competência de seus órgãos internos, juizados especiais, ação direta de inconstitucionalidade perante esse tribunal *etc.* (arts. 54-90).

> É de duvidosa constitucionalidade essa disciplina em sede de Constituição estadual, porque as leis de organização judiciária devem partir de iniciativa do Tribunal de Justiça (Const., art. 125, § 1º) – o que obviamente não ocorre com as Constituições dos Estados. Enquanto elas se limitem a reproduzir princípios e normas já estabelecidos na Constituição Federal e mesmo em leis estaduais pré-vigentes nenhum problema de ordem prática existirá. Dificuldades poderão surgir quando uma lei estadual de organização judiciária, de iniciativa do Tribunal de Justiça, contrariar o que está na Constituição do Estado ou vice-versa. Prevalecerá esta, por ser

4. *Cfr.* Const., art. 24, incs. X e XI, art. 98, inc. I, e art. 125, § 1º. O par. do art. 22 da Constituição Federal dispõe ainda que "lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo", mas até ao presente nenhuma lei complementar existe nesse sentido em relação ao direito processual civil.

> hierarquicamente superior? Ou prevalecerá a lei ordinária estadual, porque a Constituição invadiu área que não lhe compete? É preferível a segunda resposta, seja porque favorece a independência do Poder Judiciário, seja porque as duas orações que compõem o § 1º do art. 125 são visivelmente independentes. Um dos preceitos que esse parágrafo contém é: "a competência dos tribunais será definida pela Constituição do Estado". Outro, que rege outra matéria, é: "sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça". Diante dessas claras determinações limitativas, não poderia o constituinte estadual, que não tem poder originário, instituir o verdadeiro *sistema* que o paulista pretendeu, provavelmente em busca de uma simetria com a Constituição Federal (essa, sim, produto do poder originário).

Entre as *leis estaduais*, as de organização judiciária previstas constitucionalmente (Const., art. 125, *caput*) são legítimas portadoras de normas processuais sobre competência, sempre a partir da premissa de que ao ente autorizado a criar juízos diferenciados (varas) cabe também definir a competência de cada um. Lei federal define o âmbito da matéria *organização judiciária*, a ser regida pelas leis estaduais (lei est. S. Paulo n. 5.621, de 4.11.70). Às leis estaduais de organização judiciária é lícito disciplinar (a) os órgãos de segundo grau de jurisdição, com a composição e estrutura dos tribunais, (b) a divisão judiciária do Estado, com a definição e classificação das comarcas, localização e competência dos juízos de primeiro grau, (c) períodos de trabalho, (d) a carreira da Magistratura, (e) os serviços auxiliares da Justiça, órgãos do *foro extrajudicial etc.* (*infra*, nn. 205-212).

Inexistem leis municipais de natureza processual, na mesma medida em que inexistem órgãos jurisdicionais municipais.

31. regimentos internos dos tribunais

À regra do *autogoverno do Poder Judiciário*, ditada pela Constituição Federal (art. 99), associa-se a independência de cada um dos tribunais. Daí a competência normativa de cada um deles em temas de sua própria organização e funcionamento, cabendo-lhes,

entre outras providências, elaborar seus próprios *regimentos internos* (Const., art. 96, inc. I, letra *a*). Esses regimentos são fontes formais de direito processual na medida das disposições que contenham a respeito das competências internas (turmas, câmaras, grupos, seções), das atribuições jurisdicionais do presidente, vice-presidente e relator, de eventuais recursos contra atos monocráticos destes (agravos regimentais), critérios para a prevenção de seus próprios juízes *etc.* Naturalmente, as disposições contidas nos regimentos internos dos tribunais devem guardar a "observância das normas de processo e das garantias processuais das partes" (Const., *ib.*) – entendendo-se como tais não só aquelas ditadas pela própria Constituição Federal como ainda as que residem na legislação processual infraconstitucional (p.ex., é necessário que os regimentos internos sejam compatíveis com tudo quanto consta do Código de Processo Civil acerca da *ordem dos processos nos tribunais* – arts. 929 ss.). Também o próprio Código de Processo Civil faz remissões a regimentos internos em vários dispositivos.

> Disposições do Código de Processo Civil aludindo a normas de organização judiciária: a) "obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas *normas de organização judiciária* e, ainda, no que couber, pelas Constituições dos Estados" (art. 44); b) "são auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas *normas de organização judiciária*, o escrivão, o chefe de secretaria" *etc.*; c) "em cada juízo haverá um ou mais ofícios de justiça, cujas atribuições serão determinadas pelas *normas de organização judiciária*" (art. 150); d) "incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria (...) efetivar as ordens judiciais, realizar citações e intimações, bem como praticar todos os demais atos que lhe forem atribuídos pelas *normas de organização judiciária*" (art. 152, inc. II); e) "quando o ato tiver de ser praticado por meio de petição em autos não eletrônicos, essa deverá ser protocolada no horário de funcionamento do fórum ou tribunal, conforme o disposto na *lei de organização judiciária* local" (art. 212, § 3º); f) "o conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da *lei de organização judiciária*" (art. 334, § 1º); g) "no prazo para

interposição de recurso, a petição será protocolada em cartório ou conforme as *normas de organização judiciária*, ressalvado o disposto em regra especial" (art. 1.003, § 3º).

32. as leis da arbitragem e da mediação

Como na arbitragem é exercida autêntica *jurisdição*, com o mesmo objetivo de pacificação social presente nas atividades do juiz estatal, segue-se que os preceitos sobre o *processo* arbitral, contidos nas leis arbitrais, compõem um *microssistema de normas processuais*, que como tais devem ser tratadas (*infra*, n. 177). São normas sobre o exercício da *jurisdição* pelos árbitros e da *ação* e da *defesa* pelas partes, bem como sobre o método de exercício dessas atividades por todos eles, que é o *processo arbitral*. Incluem-se entre elas, p.ex., a que dispõe sobre o dever de imparcialidade do árbitro, sobre as causas de seu eventual impedimento, sobre sua recusa pelas partes, seus poderes ordinatórios e instrutórios no processo arbitral, sobre a necessidade de expedir em certos casos *cartas arbitrais* solicitando a cooperação jurisdicional do juiz estatal, sobre os requisitos da sentença ou laudo, sua eficácia, causas de sua nulidade, sua suscetibilidade à ação anulatória, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras *etc.*

> Não têm a conotação de leis *processuais* os dispositivos da Lei de Arbitragem sobre as fases iniciais da arbitragem, anteriores à instauração da relação jurídica processual arbitral – como aqueles responsáveis pela disciplina da convenção de arbitragem, da escolha do árbitro ou árbitros, do contrato celebrado entre as partes e estes, da sua remuneração, da admissibilidade da própria arbitragem, da escolha das regras de direito material a serem aplicadas pelo árbitro *etc.* Em suma: só são normas *processuais* da arbitragem aquelas que, em relação a esta, disciplinam os quatro institutos fundamentais do sistema processual, a saber: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo.

Entre as possíveis normas a prevalecer no *processo* arbitral estão não só as que vêm da Lei de Arbitragem, do sistema mais amplo do Código de Processo Civil, subsidiariamente aplicáveis,

e mesmo da vontade das próprias partes ou opções do árbitro, mas também aquelas colhidas nos regulamentos "de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada" (LA, art. 21, *caput*). De imenso prestígio e muito frequente adoção nas arbitragens de maior valor figura o regimento da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional/CCI.

Mas, justamente porque o poder exercido pelo árbitro não tem origem em disposições legais ou constitucionais impostas pelo Estado, mas na vontade dos próprios litigantes, é natural que as normas processuais da arbitragem sejam significativamente mais frouxas em sua capacidade de se impor imperativamente aos sujeitos desse processo. Grande parte do regramento do processo arbitral e de seu procedimento fica por conta do árbitro e das próprias partes, aos quais a Lei de Arbitragem brasileira confere o poder de instituir normas desse processo segundo sua vontade e as peculiaridades de cada caso (art. 21, *caput*). São muito poucas as disposições dessa lei quanto ao procedimento a ser observado, em confronto com as dezenas de disposições contidas no Código de Processo Civil no tocante ao processo judicial, mas sobre todo o sistema impõe-se a exigência de fidelidade aos superiores ditames do direito processual constitucional, imposta no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem.

> Com esse espírito institucionalizado no microssistema arbitral, o qual se distancia em boa medida da natureza publicística do processo estatal, é natural que as leis disciplinadoras do processo arbitral tenham preponderante natureza de normas jurídicas *dispositivas* e não *cogentes*, sendo bem mais elásticas as aberturas para certas opções das partes segundo as conveniências de cada caso e os ajustes que cheguem a celebrar, ou ainda segundo a deliberação do árbitro.

Menor coeficiente de processualidade têm as normas contidas na *Lei da Mediação*, o que decorre naturalmente do fato de esse meio alternativo de solução de conflitos não ter *caráter jurisdicional* e não incluir o mais mínimo poder do mediador sobre as partes ou sujeição destas a uma suposta supremacia daquele. Não

há um *processo de mediação*, e o mediador *nada decide* (lei n. 13.140, de 26.6.15, art. 1º, par.) – sendo que um dos postulados fundamentais da teoria da jurisdição, que é a sua *inevitabilidade* (*infra*, n. 156), está peremptoriamente afastado da disciplina da mediação, inclusive por expressa determinação legal ("ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação" – art. 2º, § 2º). A lei estabelece algumas regras de algum modo relacionadas com o *procedimento* desse meio alternativo mas nada diz, nem seria o caso de dizer, sobre eventuais poderes, deveres, faculdades ou ônus das partes ou do mediador, o que significa que inexiste uma suposta *relação processual de mediação*.

> O mediador somente "*conduzirá* o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e *facilitando* a resolução do conflito" (LM, art. 4º, § 1º). Como é notório, sua atividade consiste em facilitar a resolução do conflito *por decisão das próprias partes* e não sua. Por esse motivo o mediador é considerado um mero *facilitador* da solução de conflitos, do mesmo modo que o conciliador.

Mesmo os dispositivos contidos na seção III dessa lei especial, intitulada "do *procedimento* de mediação" (arts. 14 ss.), muito pouco dizem a propósito desse procedimento. Sobre o procedimento em si mesmo, seus atos, a ordem sequencial para a realização desses atos, rigorosamente nada diz a Lei da Mediação, e é natural que nada haja dito, porque a mediação é uma atividade de absoluta *informalidade*, e, portanto, sem sujeição a qualquer exigência formal. Mas são fixadas algumas regras de algum modo relacionadas com o procedimento da mediação e essas têm a natureza de normas processuais, como (a) as que explicitam os *princípios* a serem observados no procedimento da mediação (art. 2º, incs. I-VIII), (b) especificamente, a que impõe a *confidencialidade* em relação aos atos e acontecimentos desta (art. 2º, inc. VII, c/c art. 14), (c) a que exige a *assistência das partes* por advogado ou defensor público nas audiências de mediação (art. 26, *caput*), (d) as que asseguram a *gratuidade* da mediação e a *assistência judiciária* aos necessitados, a ser prestada pelas Defensorias Públi-

cas (arts. 4º, § 2º, e 26, par.), (e) a que manda aplicar ao mediador "as mesmas hipóteses legais de *impedimento e suspeição do juiz*" (art. 5º, *caput*), (f) a que lhe impõe o *dever de revelação*, devendo ele "revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade" (art. 5º, par.), (g) a que autoriza "a concessão de *medidas de urgência* pelo juiz ou pelo árbitro" (art. 16, § 2º), (h) a que dispõe sobre possíveis *reuniões* do mediador com as partes (art. 19), (i) aquelas segundo as quais "o procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até *sessenta dias*, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação" (art. 28), encerrando-se "com a lavratura de seu *termo final*" (art. 20), *etc.* Talvez a autorização das *reuniões* do mediador com as partes, essa fixação do *prazo* de sessenta dias e a exigência formal do *termo final* da mediação sejam as disposições da Lei da Mediação ligadas com maior proximidade ao procedimento desta em si mesmo.

> Não há na Lei da Mediação sequer um dispositivo cominando de *nulidade* a mediação, e muito menos o próprio processo a que ela se refere, em caso de inobservância dessas ou de outras regras – o que decorre da inexistência de um *processo* de mediação ou de um suposto exercício jurisdicional pelos mediadores. Mas é claro que se a mediação houver sido conduzida pelo mediador arbitrariamente ou sem imparcialidade, a ponto de induzir as partes, ou uma delas, em um *vício de consentimento* (erro, coação *etc.*), por esse motivo a solução consensual então ajustada será *anulável* e portanto sujeita a anulação pelo juiz competente e pelas vias processuais adequadas (CC, arts. 138 ss.).

Talvez o maior grau de processualidade presente nas disposições da Lei da Mediação resida naquelas que projetam certos *reflexos* da mediação ou da audiência de mediação sobre o processo contencioso conduzido pelo juiz. Têm esse significado, p.ex., (a) o dispositivo que autoriza a *suspensão desse processo* em virtude da instalação da mediação (art. 16), complementado (b) por aquele segundo o qual "enquanto transcorrer o procedimento de

mediação ficará *suspenso o prazo prescricional*" (art. 17, par.),[5] (c) aquele que impõe a *irrecorribilidade* da decisão que suspende o processo (art. 16, § 1º), (d) o dispositivo segundo o qual, "se houver acordo *[na mediação]*, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o *arquivamento do processo*" (art. 28, par.), (e) aquele segundo o qual "o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui *título executivo* extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial" (art. 20, par.), *etc.*

Há também certos dispositivos referentes à *audiência de mediação*, pondo-se com isso em contato com o que a propósito dispõe o Código de Processo Civil – e esse é o caso do art. 27 da Lei da Mediação, segundo o qual, "se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação" (v. tb. CPC, art. 334).

No mais, a maioria dos dispositivos da Lei da Mediação aplica-se com muito mais empenho à definição das *bases institucionais* desse meio de solução de conflitos, a começar pela conceituação da própria mediação ("a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" – art. 1º, par.). Enuncia os *princípios* que a regem (art. 2º, incs. I-VIII), define-lhe o *objeto* (art. 3º), garante sua *facultatividade* às partes (art. 2º, § 2º), disciplina a figura do *mediador*, sua participação, sua função de facilitador do consenso entre as partes, sua remuneração *etc.* (arts. 4º-13), distingue o mediador *judicial* do *extrajudicial* (arts. 9º-13), lança as bases de um sistema de mediação a ser instituído pelo Poder Judiciário, com a criação de "centros judiciários de solução consensual de conflitos" e a elaboração e atualização de *cadastros*

5. Também se suspende e permanecem suspensos os prazos *decadenciais*? Como se concilia esse dispositivo com o que dispõe o art. 207 do Código Civil, segundo o qual, "salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição"?

dos mediadores (arts. 12 e 24), conclama a União, os Estados e os Municípios a "criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver" (arts. 32 ss.), *etc.* – e essas são típicas normas administrativas, não processuais.

Não há na Lei da Mediação ou em qualquer outra lei especial normas análogas a essas, voltadas à *conciliação* – embora o Código de Processo Civil coloque no mesmo plano essas duas modalidades de busca de soluções consensuais dos conflitos, inclusive falando de uma "audiência de conciliação ou de mediação", sem esclarecer quais as hipóteses em que será realizada uma ou outra (arts. 334 ss.). Em alguma medida, contudo, por *analogia* as normas dirigidas à mediação poderão ser aplicadas também à conciliação.

33. *a jurisprudência como fonte do direito? uma questão polêmica a ser decidida com fundamento no direito positivo*

Antes da decidida orientação desenvolvida ao longo das últimas cinco décadas no direito positivo brasileiro e consistente na *valorização dos precedentes judiciários* era destoante do sistema a afirmação de que neste país a jurisprudência fosse uma fonte do direito. Já àquele tempo havia porém uma forte tendência no sentido oposto e essa tendência repercutiu intensamente no Código de Processo Civil de 2015, minando a tese da não-inclusão da jurisprudência entre as fontes do direito e favorecendo a tese de sua inclusão.

E assim é que, diante da atual configuração do direito positivo brasileiro, cabe à doutrina o lavor de, interpretando as normas vigentes e valendo-se de conceitos e pressupostos metodológicos adequados, traçar o quadro das relações entre a jurisprudência e o direito, definindo a medida em que aquela pode ser aceita como fonte normativa de direitos. Tenha-se porém a consciência de que não é aconselhável nem legítimo propor a essa questão uma resposta de caráter universal e de validade *sub specie æternitatis*, porque legítima e adequada será somente a tomada de posição

que vier da interpretação sistemática dos textos constitucionais e legais pertinentes. A jurisprudência será ou não será fonte de direito conforme o que dessa interpretação emanar em dado país e em dado momento. Ou seja: nós deste país devemos buscar uma resposta para essa questão *no direito positivo brasileiro da atualidade*, considerando especialmente o que a propósito dispõem a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.

Como ponto metodológico de partida dessas investigações é imperioso assumir conscientemente a óbvia premissa de que os juízos e tribunais não têm a missão institucional de criar normas gerais e abstratas, positivando o direito como faz a lei, porque o juiz não é legislador e a jurisdição não é uma função constitucionalmente instituída para esse fim (*supra*, n. 6). Um dos mais seguros critérios objetivos para a diferenciação entre a atividade jurisdicional e a legislativa consiste exatamente na referibilidade da primeira a *casos concretos*, sendo a legislação preordenada à criação de normas gerais e abstratas (Mauro Cappelletti). A essência da função jurisdicional consiste na solução de conflitos *concretos* envolvendo indivíduos ou grupos, não na geração de normas a serem atuadas para a solução de conflitos concretos que no futuro venham a surgir. É usual a afirmação de que o legislador dispõe *para o futuro*, ditando normas destinadas a reger situações que no futuro venham a se apresentar, sem retroagir para captar situações já configuradas (irretroatividade da lei) – enquanto em princípio o juiz dispõe em relação a fatos já acontecidos e situações *pretéritas ou presentes*, avaliando esses fatos e essas situações segundo as normas jurídicas vigentes e impondo-lhes uma regência concreta ao proferir sua sentença. Nesse quadro e *antes da decidida guinada do direito brasileiro no sentido de valorização dos precedentes jurisdicionais*, tais precedentes, por mais elevada que fosse a corte judiciária de que proviessem e por mais que se mantivessem estáveis as sucessivas decisões, valiam somente como fator de *influência* sobre os julgadores de casos futuros, não como elemento de exercício do *poder*, porque não se impunham a nenhum deles com força imperativa ou caráter vinculante.

Era então legítimo invocar a esse propósito a distinção entre *poder* e *influência*, desenvolvida na ciência política. Enquanto o *poder* confere aos atos dos agentes estatais uma *imperatividade* suficiente para que se imponham independentemente da vontade do destinatário, a *influência* apenas atua sobre a mente deste, para induzi-lo a praticar, por sua vontade, atos em conformidade com o ato influente. A diferença entre *poder* e *influência* reside justamente nisso – que enquanto o primeiro se impõe sem possibilidade de recusa, a segunda somente *sugere* condutas ou, como no caso da jurisprudência, linhas de interpretação jurídica. A influência não passa, pois, de uma espécie degradada do poder – no sentido de que induz o destinatário a fazer certas escolhas mas não o obriga. Diante desses conceitos entende-se por que a *influência* exercida pelos precedentes jurisprudenciais sobre os juízes era somente um fato e não os vinculava. Naquele tempo, máximo a que se poderia chegar seria a afirmação da jurisprudência como *fonte informativa ou intelectual do direito* (Caio Mário). *Rationis auctoritate* e nunca *auctoritatis ratione*, ela poderia motivar o juiz em suas decisões futuras, sem vinculação alguma.

Questões como essas, no entanto, do mesmo modo que as examinadas logo a seguir, são quase exclusivamente centradas na jurisprudência como fonte do direito *material*, pouco se dizendo sobre a jurisprudência como fonte do direito *processual*. Pelo aspecto processual resolvem-se na definição da vinculação dos juízes aos precedentes (CPC, art. 927) e dos mecanismos de imposição das teses ali estabelecidas

34. a jurisprudência como fonte do direito segundo o ordenamento jurídico brasileiro da atualidade

O primeiro passo da caminhada do direito brasileiro em direção à valorização dos precedentes pretorianos mediante sua observância em julgamentos futuros teve início no distante ano de 1963 sob a liderança histórica do Min. Victor Nunes Leal, no Supremo Tribunal Federal. Mediante uma alteração no Regimento Interno deste, foram instituídas as *súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal* e foi atribuída ao relator a competência para, em decisão monocrática, "mandar

arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento,[6] indicando o correspectivo número da súmula" (RISTF, art. 15, inc. IV). Essas súmulas não eram *vinculantes* mas desde logo passaram a exercer enorme influência sobre as decisões de todos os juízos e tribunais, entre os quais vigorava e vigora uma grande disposição a acatá-las.

> Bem depois uma lei especial, *conhecida como Lei dos Recursos*, trouxe para o plano legal o que era meramente regimental, ratificando aqueles poderes do relator e dando igual tratamento ao *recurso especial*, processado no Superior Tribunal de Justiça, instituído um ano antes (lei n. 8.038, de 28.5.90, art. 28, §§ 2º e 3º).

Vieram mais tarde diversas leis, especialmente as que integraram as *Reformas do Código de Processo Civil* (1994, 1995, 2002), alinhadas a essa tendência motivada ao mesmo tempo pelo intuito de acelerar os julgamentos nos tribunais e pelo de produzir alguma uniformidade na interpretação dos textos legais e constitucionais. Foram também instituídas em sede constitucional as *súmulas vinculantes* com a exigência de decisões em conformidade com estas, admitindo-se a *reclamação* ao Supremo Tribunal Federal em caso de descumprimento (Const., art. 103-A – lei n. 11.417, de 19.12.06).

Sobreveio além disso a inclusão da *repercussão geral* entre os pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário e se implantou o incidente de julgamento de *recursos repetitivos*, ambos com grande influência sobre as decisões a serem tomadas por todos os juízos ou tribunais (CPC-73, art. 543-A). O Código de Processo Civil de 2015 alinhou-se decididamente a esse movimento de evolução legislativa, reproduzindo disposições já contidas em seu antecessor e ordenando-as em um dispositivo bastante amplo, ao dispor, de modo inequivocamente *imperativo*, que os juízes e os tribunais *observarão* não só as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados das súmulas vinculantes e os acórdãos em inci-

6. Interposto contra decisão denegatória daquele.

dente de resolução de demandas repetitivas (art. 927, incs. I-III), como também as súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados e os acórdãos proferidos em incidente de assunção da competência (art. 927, incs. III-V).

A essa intensa propagação dos efeitos dos julgados sobre os julgamentos futuros a serem proferidos pelo Poder Judiciário algumas vozes doutrinárias vêm inclusive atribuindo uma *inconstitucionalidade*, a partir da premissa de que não cabe aos juízos ou tribunais do Poder Judiciário a fixação de normas além dos limites concretos dos casos que julgam. No modelo constitucional brasileiro da separação dos Poderes do Estado essa função é do Poder Legislativo, não do Judiciário. Isentas a essa crítica estão porém as *súmulas vinculantes* do Supremo Tribunal Federal, as quais são sim portadoras de uma potente eficácia normativa mas não são enunciadas no exercício *da jurisdição* – e, além disso, contam com expressa autorização constitucional (Const., art. 103-A – *infra*, n. 35).

A tais disposições acrescenta ainda o Código outras duas outras de relevantíssimo valor sistemático e abrangência geral, que são (a) a que dá por *não motivada* toda decisão judiciária "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" (art. 489, § 1º), e (b) aquela que obriga os tribunais a "*uniformizar sua jurisprudência* e mantê-la *estável*, íntegra e coerente" (art. 926). Essas novas disposições aparecem no Código de Processo Civil como *coberturas gerais* do sistema de valorização dos precedentes jurisdicionais, destinadas a propiciar a concreta e efetiva observância de todas as disposições integrantes desse sistema. Ao assim dispor o legislador deu cumprimento a um dos propósitos fundamentais da Comissão Redatora do anteprojeto, consistente em "imprimir maior grau de *organicidade do sistema*, dando-lhe assim maior coesão". Essa *maior coesão*, cultivada nas muitas disposições do Código referentes à observância de precedentes, consiste na *estabilidade da jurisprudência* como fator de *segu-*

rança das partes mediante a *confiabilidade* do Poder Judiciário e *previsibilidade* de suas decisões.

> Em prol desses valores democráticos e da estabilidade da jurisprudência, há mais de uma década dissera um Ministro do Superior Tribunal de Justiça que, "se nós os integrantes da Corte não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la" (Min. Humberto Gomes de Barros).

Postas assim as coisas e sendo assim o direito positivo vigente, já não é correto negar de modo absoluto que a jurisprudência seja fonte de direitos. Ela não chega a ter o mesmo vigor e o generalizado poder imperativo de uma *lei* mas muito se aproxima disso, na medida em que o Código de Processo Civil impõe aos juízes e tribunais *o dever de observá-la*.

> O que antes era mera *influência* chegou muito próximo de ser verdadeiro exercício do *poder* mediante a formação de linhas jurisprudenciais imperativas a serem observadas pelos juízes e tribunais – sabendo-se que um dos elementos do poder estatal consiste na *disposição a obedecer* e que, realmente, os juízes e tribunais manifestam intensa e seguidamente essa disposição, amparando-se nos precedentes para decidir.

Essa desenganada aproximação entre a jurisprudência e a lei autoriza o reconhecimento de que, nos limites estabelecidos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, *neste país e no presente momento* aquela é realmente uma fonte de direito. Na prática diuturna do exercício da jurisdição essa maior intensidade da aderência aos precedentes e repetição de julgamentos a eles atrelados, com o repúdio a decisões discrepantes, mostra que os juízes e tribunais acatam a jurisprudência como um verdadeiro repositório de normas jurídicas a serem observadas em suas decisões, tanto quanto aquelas constantes do direito positivo (Constituição, leis complementares, leis ordinárias *etc.*).

Nem assim, todavia, a jurisprudência adquiriu *plenamente* todo o poder vinculante de uma fonte do direito. Uma decisão que a

contrarie incidirá no vício de *nulidade por vício na motivação* somente se não enfrentar de modo explícito um precedente invocado pela parte, deixando de declinar as razões pelas quais o contraria ou afasta sua aplicabilidade (CPC, art. 489, § 1º) – mas quando suficientemente fundamentada a contrariedade a um precedente não será causa de *nulidade*. Poderá a sentença ser reformada no mérito pela Corte competente para eventual recurso mas não será sujeita à *ação rescisória* por esse motivo. Ela poderá até ser rescindida por manifesta violação a alguma norma jurídica integrante do direito positivo brasileiro (art. 966, inc. V) mas não pela *contrariedade à jurisprudência* formada na interpretação de tal norma.

> Além disso, nem todas as linhas jurisprudenciais de todos os tribunais do país são portadoras desse poder de se impor como se fossem leis. O disposto nos cinco incisos do art. 927 do Código de Processo Civil dá bem a ideia dos limites em que o legislador quis impor a autoridade dos precedentes, sabendo-se também que para esse fim só se considera *jurisprudência* uma linha constante e reiterada assumida pelos tribunais na interpretação da Constituição ou da lei. Acórdãos isolados ou extremamente exíguos não constituem uma jurisprudência.

Também é necessário não confundir a tese da jurisprudência como fonte de direito com a da concreta *criação do direito* pela sentença. Ser ou não ser ela portadora de critérios para julgamentos futuros é uma questão muito diferente daquela sobre ser ou não ser a sentença um ato de criação do direito no caso concreto em julgamento. Segundo a *teoria dualista* do ordenamento jurídico (Chiovenda, Liebman), de larga aceitação na doutrina brasileira (em oposição à teoria *unitária* – Carnelutti), ao julgar uma causa o juiz ou tribunal simplesmente cumpre uma norma preexistente nesse ordenamento. Juízes ou tribunais *não criam* uma norma jurídica ao julgarem a causa. Ainda quando questione a interpretação de uma lei ou opte por decidir contra esta, sempre estará o juiz atuando como um canal de comunicação entre a causa e alguma outra fonte de direitos, como a Constituição Federal, os costumes,

os princípios gerais *etc.* Jamais uma sentença ou acórdão deverá ser o fruto da vontade pessoal do julgador ou de suas próprias opções políticas, filosóficas, religiosas *etc.* (*supra*, n. 6).

35. as súmulas vinculantes

As ressalvas à aproximação da jurisprudência à lei não se aplicam às sentenças ou acórdãos proferidos em contrariedade às súmulas *vinculantes* porque essas, sim, são uma autêntica fonte do direito. A súmula vinculante é sempre resultante de uma linha jurisprudencial assumida pelo Supremo Tribunal Federal em repetidos julgamentos, mas sua edição não constitui exercício da jurisdição. São *atos normativos* do Supremo, não praticados no julgamento de alguma causa, e portadores de um grande teor de imperatividade como normas gerais e abstratas – não tão gerais e abstratas quanto o dispositivo constitucional que interpretam mas suficientemente imperativas, gerais e abstratas para serem indubitavelmente qualificadas como fontes de direito. E tanto é assim, que a própria Constituição Federal oferece à parte vencida um remédio superlativamente enérgico, que é a reclamação ao Supremo Tribunal Federal em caso de descumprimento de uma súmula vinculante (art. 103-A, § 3º).

> Em plano infraconstitucional os dispositivos constitucionais referentes às súmulas vinculantes são regulamentados pela lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, a qual dispõe sobre "a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado da súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal".

Das súmulas vinculantes já editadas e postas em vigor pelo Supremo Tribunal Federal poucas versam sobre processo (civil, trabalhista, penal, administrativo) e portanto só essas são fontes de direito *processual*. Essa quantidade relativamente pequena das súmulas vinculantes de conteúdo processual é natural consequência da competência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, não infraconstitucional. Na realidade os juízos e preceitos que elas externam referem-se à interpretação de normas

constitucionais referentes ao sistema processual (*direito processual constitucional – infra*, n. 109) e não de normas processuais infraconstitucionais. Tanto essas quinze súmulas vinculantes quanto as demais são todavia fontes de direito a serem observadas pelos juízes no exercício da jurisdição. A força obrigatória de todas elas significa que os preceitos de que são portadoras impor-se-ão a juízes de todos os níveis, os quais as observarão e farão observar.

36. repercussão geral e julgamento de recursos repetitivos

A exigência constitucional da *repercussão geral* como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário associa-se em alguma medida ao mecanismo técnico-processual pelo qual a decisão tomada em um *leading case* se propaga imperativamente aos casos em que se debata idêntica questão constitucional, devendo os tribunais afeiçoar suas decisões à do Supremo Tribunal Federal, inclusive mediante retratação do que houver decidido em sentido diferente (Const., art. 102, § 3º – CPC, arts. 1.035 e 1.036). Tais são os *julgamentos por amostragem*, autorizados pelo Código de Processo Civil também ao Superior Tribunal de Justiça e proferidos em incidente de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036 – res. STJ-8, de 7.8.08). Tanto o reconhecimento de uma *repercussão geral* pelo Supremo Tribunal Federal quanto o julgamento de um recurso repetitivo por ele próprio ou pelo Superior Tribunal de Justiça são fortíssimos elementos de indução dos juízes e tribunais a decidir de modo conforme mas não o vinculam. Mesmo assim, porque exercem um extraordinário poder de indução, manifestando os juízes e tribunais uma grande disposição a acatar o que consta de tais julgamentos, devem ser considerados fontes do direito.

37. conhecimento da lei processual

Respeitadas suas dimensões espaciais e temporais, a lei processual impõe-se a todos independentemente do efetivo conhe-

cimento. Como expressão positivada do poder estatal, nenhuma lei pode ter sua eficácia e imperatividade sujeitas aos azares do conhecimento pelos destinatários e incertezas decorrentes de alegações de desconhecimento. Tal é a (mal) chamada *presunção de conhecimento da lei*, que se resolve em uma expressa disposição legal de *superdireito* contida no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece").

> Essa regra sofre as exceções que forem ditadas na própria lei processual – a qual, ocupando o mesmo grau hierárquico das normas da Lei de Introdução, pode legitimamente ditá-las. Caso típico é a exigência de advertir o réu, quando citado, do prazo que tem para oferecer resposta e do *efeito da revelia* a que estará sujeito se não responder (CPC, art. 250, inc. II) – nesse caso não se *presume* o conhecimento do disposto nos arts. 335 e 344 do Código de Processo Civil, sendo ineficaz a citação feita sem essa advertência e não se impondo o efeito da revelia. Não-obstante o silêncio da lei (arts. 701-702), também não flui prazo para o réu oferecer embargos ao mandado, em processo monitório, quando não advertido previamente das consequências da eventual omissão.

38. interpretação e integração da lei processual civil

Os textos legais, como fontes do direito, são portadores da norma mas não são *a norma*. As normas vivem no plano ideal do direito e integram um sistema harmônico do qual a lei constitui apenas uma forma de expressão. À corriqueira assertiva de que a lei não equivale ao direito nem o direito se exaure nela acrescente-se que tampouco cada lei ou cada disposição legal é em si mesma uma norma. Como toda lei se destina a atribuir bens e determinar condutas humanas para a prevalência de algum valor eleito pelo ente que a produz, só se pode chegar ao conhecimento da *norma* que ela contém mediante a consciência do valor que lhe está à base. Não há leis axiologicamente anódinas, ou seja, leis que não se vinculem a algum valor a preservar ou cultuar (*teoria tridimensional do direito* – Miguel Reale).

Daí a necessidade de interpretar *a lei*, em busca do conhecimento da *norma* que ela contém. O trabalho do intérprete, portanto, estabelece uma *conexão entre o passado e o futuro* (Tullio Ascarelli), no sentido de que consiste em buscar nos textos já existentes os preceitos que hão de prevalecer no exame de casos regidos por eles. A regra de ouro em toda interpretação jurídica consiste na atenção ao *bem comum*, ou seja, às projeções da lei sobre a vida das pessoas, dos grupos e da própria sociedade, com a responsabilidade de causar-lhes sensações felizes segundo critérios de justiça (os *fins sociais da lei* – CPC, art. 8º – LINDB, art. 5º).

Assim, p.ex., quando a lei processual autoriza o juiz a conceder *tutelas de urgência* "quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (CPC, art. 300), deve-se entender que o grau dessa probabilidade pode ser menor quando extraordinariamente grande for o risco de perecimento de direitos. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e de seu art. 273 (tutela antecipada) os juízes vinham invariavelmente concedendo liminares em favor de *aidéticos* para que as empresas seguradoras autorizassem seu tratamento hospitalar, salvando-lhes a vida, sem muito investigar sobre a probabilidade de eles terem ou não esse direito segundo o contrato.

Variam os *métodos de interpretação*, que vão desde a mera análise das palavras (*exegese*) até à interpretação *teleológica*, na qual se levam em conta os objetivos queridos pelo direito como um todo, passando pelo *método sistemático* e pelo *histórico-axiológico*. É comodista e deve ser repudiada a máxima *in claris cessat interpretatio*, porque o mais claro dos textos legais sempre comporta exame à luz dos valores da sociedade e nem sempre as palavras revelam com segurança uma intenção: "sin interpretación no hay posibilidad de que exista ningún orden jurídico" (Luis Recaséns Siches). Além disso, a interpretação isolada de um texto legal oferece o risco de distorções, porque toda lei é parte de um contexto normativo e seu significado e dimensão consideram-se o resultado da interação entre todos os elementos da ordem jurí-

dica positivada; daí a importância da *interpretação sistemática*, na qual avulta a relevância dos preceitos superiormente ditados na Constituição Federal (a tutela constitucional do processo – *infra*, nn. 111 ss.). Como nenhuma ordem jurídica vive isolada no mundo, sendo cada vez mais intensas as interligações culturais e econômicas entre os povos, é grande a utilidade do *método comparativo*, consistente em buscar em outras ordens jurídicas critérios para o bom entendimento da ordem jurídica nacional (*supra*, n. 16 – *infra*, nn. 98-108).

> Quando a Constituição Federal e o Código de Processo Civil asseguram o controle jurisdicional de possíveis lesões ou ameaças *a direito* (Const., art. 5º, inc. XXXV – CPC, art. 3º) é preciso ter como incluída nesses dispositivos a tutela jurisdicional a direitos e também a meros *interesses juridicamente protegidos*. A doutrina europeia continental costuma excluir tais situações jurídicas da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário em sistemas onde existe o *contencioso administrativo*, que no Brasil não existe. A pura e simples leitura daqueles dispositivos (interpretação exegética) conduziria a deixar, neste país, desprovida de qualquer tutela aquela categoria de situações jurídicas (p.ex., o proprietário de um imóvel não teria como impedir que o vizinho construísse em transgressão a normas edilícias municipais, a dano de seu concreto interesse pela observância destas – *infra*, n. 114 – inafastabilidade do controle jurisdicional).
>
> A interpretação sistemática e teleológica tem levado também os tribunais e a doutrina a reduzir a dimensão do disposto no art. 308 do Código de Processo Civil, pelo qual toda medida cautelar preparatória perderia eficácia quando não proposta a demanda principal no prazo de trinta dias contados da efetivação (art. 309, inc. I): entende-se que essa sanção só se aplica quando a medida cautelar efetivada *tiver eficácia constritiva*. Não há por que, p.ex., limitar temporalmente a eficácia de uma interpelação, notificação ou mesmo produção antecipada de provas (medidas cautelares) porque sua permanência não atinge a esfera de direitos de quem quer que seja.

Essa diversidade de métodos interpretativos apoia-se em variados critérios, que didaticamente assim se equacionam: a) método *exegético* ou gramatical, consistente no exame das palavras e

orações contidas no texto; b) método *sistemático*, consistente na busca do significado do texto no conjunto das disposições correlatas contidas na ordem jurídico-positiva como um todo, inclusive em nível constitucional; c) método *histórico*, consistente no confronto do texto com outros que o antecederam na ordem jurídica e com seus precedentes na tramitação do processo legislativo; d) método *axiológico*, de profundo significado cultural, consistente na identificação dos valores a serem preservados pela norma (os princípios gerais do direito, os fins sociais da lei, o bem comum – LINDB, art. 5º); e) método *comparativo*, consistente no confronto com ordenamentos jurídicos estrangeiros.

> Caso típico de *interpretação histórica* da lei processual: em sua redação original o art. 38 do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que a procuração geral para o foro, *estando com a firma reconhecida*, habilita o advogado a representar o constituinte em todos os atos do processo. Mas a *Reforma*, ao excluir aquela referência ao *reconhecimento de firma*, deixou claro que a partir daí ele não é exigível nem constitui elemento essencial da outorga de poderes para realizar atos processuais. Aquela exclusão de palavras não teria significado algum não fora para excluir tal exigência, que também o Código vigente não impõe (art. 105). Exemplo de *interpretação sistemática*: embora a lei exija que o autor indique como causa de pedir *os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido* (CPC, art. 319, inc. III), sendo a demanda julgada nos estritos termos em que proposta (art. 141), é pacífico no Brasil que o juiz pode fundamentar a sentença em razões jurídicas diferentes das invocadas pelo autor (desde que rigorosamente adstrito aos fatos alegados). Tal interpretação decorre em primeiro lugar da rigidez do procedimento brasileiro, que não permite *audiências sucessivas* para a investigação de fatos novos; é também efeito da convivência daqueles dispositivos do Código de Processo Civil com o art. 383 do Código de Processo Penal, que expressamente autoriza o juiz a tomar fundamentos jurídicos diferentes dos que constam da denúncia.

Fala-se também em *interpretação declarativa*, que conduz a dar ao texto a exata dimensão decorrente de suas palavras; em *interpretação restritiva*, pela qual se reduz o âmbito de sua incidência (*lex majus dixit quam voluit*); e em *interpretação amplia-*

tiva, tendente a incluir na norma situações não descritas de modo explícito pelo texto (*lex minus dixit quam voluit*).

A *integração da norma processual* consiste em suprir lacunas da lei mediante o recurso aos princípios gerais de direito, aos usos e costumes (que são fontes do direito) e à *analogia*. Por força desta estendem-se as disposições de um texto a situações não previstas mas às quais se possa razoavelmente afirmar que o legislador atribuiria as mesmas consequências jurídicas se as houvesse previsto (*ubi eadem ratio ibi eadem juris dispositio* – LINDB, art. 4º).

39. as dimensões da lei processual civil: normas de superdireito

Chama-se *superdireito* o conjunto de normas e princípios que tenham por objeto outras leis. Disciplina as fontes jurídicas, critérios de interpretação, as dimensões espaciais e temporais das outras leis – enfim, a vida destas. Entre as normas de superdireito ocupam espaço muito relevante aquelas referentes à *produção jurídica*, responsáveis pela disciplina das dimensões espaciais e temporais da lei. Elas não atribuem bens da vida nem contêm preceitos para a conduta das pessoas. Na ordem jurídica brasileira constitui sede natural e ordinária das *normas de produção jurídica* a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (sucessora da Lei de Introdução ao Código Civil), que, não-obstante ser lei ordinária e portanto situada no mesmo nível hierárquico das normas cuja vigência e eficácia ela visa a disciplinar, conta com sólidos respaldos constitucionais e políticos que lhe garantem a efetividade.

Em si mesma a Lei de Introdução não impediria, p.ex., que uma lei processual trouxesse a determinação de aplicar-se por inteiro a um processo pendente, anulados os atos já realizados. Uma disposição assim, contudo, seria ineficaz em face da garantia constitucional da *irretroatividade das leis* (Const., art. 5º, inc. XXXVI). E o próprio Código de Processo Civil estabelece que "a norma processual *não retroagirá* e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais pratica-

dos e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada" (art. 14).

Ao lado das normas de *produção jurídica* existem, sempre no âmbito do *superdireito*, as de *atuação jurídica* – incluindo-se nessa categoria as de direito processual (*supra*, n. 20). No campo do próprio direito processual há algumas normas de superdireito (*superdireito processual*), responsáveis pela correta aplicação de certas normas processuais – como é o caso daquelas que impõem o princípio da *instrumentalidade das formas* (CPC, art. 277 e 282, § 1º), afastando a nulidade dos atos processuais sempre que o escopo destes haja sido atingido e prejuízo algum haja sido causado a uma das partes (Galeno Lacerda, Bedaque).

40. dimensão espacial da lei processual civil – territorialidade

Destinando-se basicamente 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 inerente à soberania de cada Estado, no contexto internacional, a regência de suas próprias atividades por lei nacional e nunca por lei estrangeira. Essa é a superior razão de ordem política que afasta a submissão do juiz de um Estado soberano à lei processual ditada por outro Estado. Como agente estatal, o juiz atua segundo as leis processuais emanadas de fontes materiais e formais de seu país, nada mais.

> Isso não se dá em relação à *jurisdição arbitral*, que, não sendo exercida por agentes estatais, não encontra aqueles óbices decorrentes da soberania. É perfeitamente lícito às partes na convenção de arbitragem estabelecer que esta será regida por normas processuais do país que bem escolherem ou mesmo por normas constantes de regulamentos de dada instituição arbitral (LA, art. 21).

A expressão positivada do princípio da territorialidade das normas processuais reside basicamente no art. 13 do Código de Processo Civil, *verbis*: "a jurisdição civil será regida pelas nor-

mas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte". O exercício da jurisdição civil rege-se, no território nacional, pelo que o próprio Código estabelece (art. 1º) e, obviamente, também pelo que emana de outras fontes formais *nacionais* de direito processual civil, conforme o caso. Na realidade essas disposições legais não contêm em si mesmas qualquer proibição de que a lei processual brasileira vá além dos limites territoriais brasileiros e seja observada por juízes de outro Estado soberano. Impedimentos dessa ordem virão das leis dos outros países, que ordinariamente também repelem a aplicação de lei processual que não seja a sua. Como lei nacional, o Código de Processo Civil limita-se a vedar que o juiz *brasileiro* se paute por lei processual de outro país (*infra*, n. 167).

> Prevalece a lei processual brasileira para a realização de atos processuais no Brasil, ainda que estrangeiras as partes e mesmo que se trate de julgar sobre *fatos ocorridos no exterior* ou mediante a imposição de normas estrangeiras de direito material (CPC, art. 376 – *infra*, n. 204). Fatos ocorridos no exterior podem ser objeto de julgamento pelo juiz civil brasileiro sempre que dotado de *competência internacional*; no sistema brasileiro a nacionalidade das partes é irrelevante para a determinação dessa competência (CPC, arts. 21-23 – *infra*, n. 186). Por outro lado, a territorialidade de que aqui se cuida é somente da lei *processual*, sendo admissível a regência da própria causa (mérito) por leis de outro país.

Inverso é o problema dos 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 (LINDB, art. 17) 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 de prova *etc.*).

De particular interesse reveste-se a disposição do art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual, ditando preceitos de direito processual internacional sobre a *prova*, só será corretamente compreendido e aplicado se se tiver precisas noções sobre a colocação sistemática dessa preciosíssima categoria jurídica. Quando se tomasse por premissa que a prova é instituto de direito processual *tout court*, sem a consciência de sua inclusão entre as categorias integrantes do *direito processual material* (*supra*, n. 7), aquele art. 13 pareceria ser portador de ilegítimas exceções à territorialidade da lei processual ao dispor que "a prova dos fatos ocorridos no estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se". Estaria, por outras palavras, mandando que em parte o juiz nacional atuasse segundo normas processuais de outro país, o que não seria politicamente aceitável.

> É indispensável, portanto, interpretar o art. 13 da Lei de Introdução sabendo que a prova é um daqueles *institutos bifrontes* que, por se constituírem em realidades exteriores e precedentes ao processo e se relacionarem muito de perto com o próprio direito à tutela jurisdicional, situam-se nas *faixas de estrangulamento* que são significativo ponto de encontro entre o direito processual e o substancial (*supra*, n. 7). Pela sua *parcial* conotação jurídico-substancial, o direito à prova está imune às rígidas restrições territoriais inerentes ao direito processual.

Mesmo assim – e sendo interpretada à luz dessa indispensável premissa sistemática – a disposição contida no art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem dimensão menor do que parece (*lex majus dixit quam voluit*). É preciso distinguir entre (a) *julgamentos proferidos no exterior* e trazidos ao Brasil para homologação (Const., art. 105, inc. I, letra *h*, 1ª parte), (b) *prova a ser realizada no Brasil* e (c) *prova a ser valorada pelo juiz brasileiro* (quer produzida aqui ou alhures).

Quando se trata de homologar decisão estrangeira é plena a aplicação daquele dispositivo da Lei de Introdução: a ordem jurídica brasileira aceita os julgamentos feitos com base em meios

de prova existentes e a partir das regras sobre ônus probatório vigentes no país em que os fatos se deram (naturalmente, desde que presentes os demais requisitos para a homologação – arts. 15 e 17 LINDB).

Quando no Brasil há de ser produzido algum meio de prova que deva ser valorado por juiz estrangeiro (juiz brasileiro cumprindo carta rogatória), a parte final do art. 13 exclui a regência pela lei estrangeira, pela óbvia razão de que, se inexistir aqui o procedimento probatório vigente no país de ocorrência do fato, o juiz brasileiro não tem como proceder.

> O juiz brasileiro não tem como, p.ex., colher o *juramento* de uma das partes, que a lei processual italiana expressamente inclui no capítulo sobre a instrução probatória (c.p.c., arts. 233-240).

Fosse a prova uma categoria de puro direito processual *formal* – e não de direito processual *material*, como é (*supra*, n. 7) – mais preocupantes seriam as restrições interpretativas ao art. 13 da Lei de Introdução, em sua disposição relativa ao *ônus da prova*. Seria uma truculência institucional mandar que o juiz brasileiro julgasse segundo normas *processuais* estrangeiras. O que legitima essa disposição é o coeficiente jurídico-substancial das normas sobre o ônus da prova. Como categoria *bifronte* que é, o ônus probatório já se define e pode ser conhecido antes mesmo da realização de qualquer processo – ele pode mesmo ser conhecido pelos sujeitos quando fora do Brasil negociam ou praticam um ato ilícito *etc.* Depois, se sobre o negócio celebrado ou o ato praticado esses sujeitos vierem a ser partes em processo realizado no Brasil, os fatos a serem considerados pelo juiz brasileiro já são postos diante deste em toda sua integralidade, inclusive com a regência do ônus de sua prova. Quer a produção da prova desses fatos seja feita diretamente no Brasil, quer no exterior (carta rogatória), o juiz brasileiro, no momento de julgar, levará em conta o que acerca do ônus de sua prova dispuser o direito do país de origem (LINDB, art. 13).

> Embora praticamente uniforme a disciplina *geral* da distribuição do ônus da prova entre os ordenamentos processuais ociden-

tais (em princípio a cada qual compete a prova dos fatos de seu interesse, sendo havidos por inexistentes os fatos não provados – CPC, art. 373), alguns tópicos específicos da legislação brasileira moderna podem gerar dissonância em relação à lei do país de ocorrência – e é nesses casos que o art. 13 da Lei de Introdução mostrar-se-á praticamente relevante. P.ex., quanto aos fatos ocorridos em outro país o juiz brasileiro só poderá dar por boa a *inversão convencional do ônus da prova* (CPC, art. 373, § 3º) se também no país de origem ela for admitida; só poderá inverter ele próprio o ônus probatório (distribuição dinâmica do ônus da prova – CPC, art. 373, § 1º – CDC, art. 6º, inc. VIII) se lá isso for admissível. Certas ***præsumptiones legis*** *relativas*, que invertem o ônus da prova (CC, arts. 1.253, 322, 1.202 *etc.*), não poderão ser impostas pelo juiz brasileiro se não constarem do direito positivo do país de ocorrência do fato.

Também a uma interpretação sistemática deve ser submetida a parte final do art. 13 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual os juízes e tribunais nacionais *não admitirão provas que a lei brasileira desconheça*. O art. 369 do Código de Processo Civil, que lhe é posterior, dita o caráter meramente exemplificativo da enumeração dos meios de prova existentes no Brasil, donde resulta que se rejeitarão somente as provas obtidas *por meios ilegítimos* – meios ou fontes de prova não especificados na lei brasileira prevalecerão desde que *moralmente legítimos* e factíveis na prática. Quer se trate de valorar meios de prova produzidos no exterior (cooperação jurisdicional, rogatórias), quer pretenda a parte produzir aqui algum meio de prova existente no estrangeiro e não tipificado na lei brasileira, será sempre impositiva a regra do art. 369 do Código de Processo Civil: admissão de meios não tipificados na lei brasileira, mas rejeição de provas obtidas por meios que a ordem pública brasileira repute ilegítimos (Const., art. 5º, inc. LVI). Quanto ao *modo de realização* da prova no exterior prevalece a lei local – porque esse é um tema de puro direito processual *formal*, não de direto processual material.

A *ordem procedimental estrangeira* prevalece quanto aos atos processuais realizados fora do Brasil (*lex fori*). A validade desses

atos deve ser reconhecida pelo juiz brasileiro, uma vez obedecida a lei do país em que hajam sido realizados e não transgredidos os valores inerentes à ordem pública brasileira. Sempre que se trate de atividades regidas por regras de puro direito processual a territorialidade impõe-se em sua plenitude.

A rígida territorialidade da lei processual não conflita com a possível extraterritorialidade da *lei substancial*, a qual em alguns casos rege relações vigentes ou constituídas em outros países e no caso de litígio judicial pode servir de critério de julgamento por juiz brasileiro (o *decisorium litis* do direito comum medieval). A aplicabilidade da lei substancial estrangeira é questão de direito internacional privado, regida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 7º-11), sendo expressamente admitida pelo Código de Processo Civil (art. 376).